تاریخ حقوق ایران

تألیف: جعفری لنگرودی





تاریخ حقوق ایران

از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه

نگارش

جعفری لنگرودی

ناشر



کانون معرفت - تهران - لاله‌زار - تلفن ۳۲۴۳۷

چاپ گیلان



بنام خدا

مقدمه

اولین سنگ بنای شخصیت هرملت اززوایای تاریخ آن استخراج می‌شود، در میان رشته‌های مختلف تاریخ ، تاریخ حقوق یك ملت والاترین مقام‌را دارااست زیرا قسمت اعظم ضرورتهای زندگی اجتماعی در فصول قانونی مقامی‌را اشغال کرده‌اند،داشتن تصور درست‌اززندگی اقوام‌وملتها بدون ادراك وضع حیات قضائی آنان امکان ندارد . تاریخی که بدون منظور داشتن اصول مشخصات زندگی‌قضائی ملل نوشته‌شود چیزی جزیك مشت‌مفاهیم تجریدشده نیست.

ازانقراض‌ساسانیان تامشروطه

مهمترین وطولانی‌ترین و غنی‌ترین دوره از دوره‌های تاریخ حقوق ماست، دراین سیزده قرن یك حقوق ورزیده ووسیع برروابط قضائی‌ما و ملل‌مشابه، حکومت‌نمود. حقوق اسلامی که‌عظمت آن بیشتر ازحد تصوری است که اغلب از آن دارند هرچند که مقارن ظهور خود استقلال سیاسی کشورهای مختلف‌را ازبین بردولی ازآمیزش آن بافکر مردم سرزمین‌ما گنجینه‌های‌حقوقی‌وفرهنگی‌بزرگی‌پدیدآمد، نوابغ حقوق‌اسلام‌غالباًازمیان فرزندان این آب و خاك برخاستند، بهمین جهت فکر ایرانی درذخایر حقوق اسلامی اصالتاً سهیم است و از چنین ذخایر عظیم گذشتن خطا است .

تأثیر حقوق این دوره در دورهٔ سوم از تاریخ حقوق ما روشن‌تراز آن است که نیاز به‌بیان داشته باشد واین یکی ازاسباب تقدیم‌وتقدم‌مطالعهٔ این قسمت از تاریخ حقوق ما بردورهٔ ماقبل آنست که ازنظر اسناد و مدارك

در نهایت فقر و ناتوانی قرار گرفته و امید انتفاع از آن چندان قوی نیست.

رابطهٔ استقلال سیاسی و تاریخ حقوق

درطی سیزده‌قرن مزبور مملکت‌ما دووضع متفاوت‌داشت مدتی بعنوان جزء قلمرو امپراطوری عظیم اسلامی شناخته میشد وسپس استقلال خودرا دریافت ، در این صورت جای این سؤال باقی است که : در صورت اول آیا میتوان از تاریخ حقوق ایران بحث نمود ؟

بنظر می‌رسد که برای بحث از تاریخ حقوق یك ملت وجوداستقلال فعلی آن کافی‌است وحقوق خارجی اگر بر کشوری‌تحمیل شود و بر روابط قضائی‌حکومت کند بعنوان حقوق همان ملت تلقی میشود .

تغییر اصطلاحات

در این کتاب بمنظور سهولت تعلیم ، مطالب حقوقی قدیم در لفافهٔ اصطلاحات جدید وتقسیمات‌حقوقی‌مدرن بیان شده است واین رانبایدتغییر مبحث‌تلقی‌نمود چه‌همانطور که‌ترجمهٔ یك کتاب‌لطمه بمعانی آن‌نمیزند تبدیل اصطلاحات که نوعی از ترجمه است حقائق راتغییر نمیدهد فقط زحمتی‌است که نویسنده تحمل‌می کند و بهرهٔ آن عائد خوانندهمی شود مثلا بجای‌اصطلاح «شرع»اصطلاح قانون وبجای شارع، مقنن وقانونگذاراستعمال شده است. درتدوین این اوراق اساسا رفع نیازدانشجویان که دراین مورد فاقد کتاب بودند مورد نظر بودنه اقناع اهل‌تتبع وتحقیق ولی معذلك شایداهل‌تفحص هم‌ازآن بهره‌ای ببرند اگرچنین توفیقی حاصل شد باید سپاسگزار باشمو اگر نشد امری خلاف انتظار نبوده است .

جعفری لنگرودی

قبل‌ازاینکه ازتاریخ‌حقوق (۱) بحث کنیم مختصری‌راجع بحق(۲) وتقسیمات جدید آن‌که اساس حقوق جدید ایران است بحث مینمائیم تامبادی تصوری این‌علم دردسترس قرار گیرد.

حق ومعانی آن

۱ـ حق دراین علم وسایرشعبات آن مدلول‌جدیدی‌است که از کلمهٔ Droit فرانسوی گرفته شده‌است وبیکی ازسه‌معنی ذیل‌اطلاق میشود :

الف ـ حق موضوعی(۳) وآن‌مجموعهٔ قواعدی‌است که دارای‌ضمانت‌اجراء (٤) بوده وحاکم برروابط انسان درجامعه باشد. معذلك پاره‌ای از حقوق فاقد ضمانت اجراء هم ندرتاً بنظرمیرسد چنانکه درماده ٢٦٦ قانون مدنی و ماده ۷۲٦ قانون آئین دادرسی مدنی این مطلب دیده‌میشود.

ب ـ حق‌شخصی(۵) وآن قدرتی‌است که شخص‌ازقانون کسب نموده وبموجب آن میتواند دیگری را وادار باجراء عملی (اعم ازترك و فعل) نماید (مانند حق دینی)ویا ملزم برعایت وضع موجودی بکند (مانند حق عینی). این‌حق است که‌مورد

۱ـ L'histoire de droit

۲ـ Droit

۳ـ Droit objectif

٤ـ Sanction

۵ـ Droit subjectif

ترافع است و بمنظور تثبیت آن، حکم محکمه صادر میشود.

ج- درلسان اهل تعلیم **Droit** به‌علمی گفته میشود که ازمجموعهٔقواعدالزامی و لازم‌الرعایه بحث میکند قواعد مزبورحاکم برروابط افراد انسانست. دراین معنی در زبان‌ما کلمهٔ حقوق استعمال شده است.

تقسیمات حقوق

۲- حقوق‌ازنظراینکه نسبت بسکنهٔ يك‌کشورقابل‌اجراء است یانسبت بسکنهٔ دویا چندکشوربدوقسمت عمده تقسیم میشود :

قسم اول - حقوق داخلی یا حقوق ملی (۱) و آن حقوقی است که در سراسر کشورمعینی اجراء میشود.

قسم دوم - حقوق خارجی (۲) و آن حقوقی است که یکی از دو صورت ذیل باشد :

الف - حاکم برروابط دول باشد و آنرا حقوق بین‌الملل عمومی وحقوق دولی عام(۳) نامند.

ب - حاکم برروابط‌افراد ملل‌مختلف‌باشد که آنرا حقوق‌بین‌الملل‌خصوصی(٤) نامیده اند . بنابراین حقوق خارجی دوقسم است.

اقسام‌حقوق‌داخلی

۳- حقوق داخلی دوقسم است:

الف - حقوق عمومی داخلی (٥) و آن مجموعهٔ قوانینی است که ناظر به تشکیلات

۱- Droit interne یا Droit national
۲- Droit externe
۳- Droit international public
٤- Droit international privé
٥- Droit public interne

کشوری وحاکم برروابط دولت ومأمورین او باافراد است (مانند قانون اساسی وقانون اصول تشکیلات دادگستری، فصل سوم از باب سوم آئین دادرسی مدنی وغیره)

(اصطلاح «حقوق عمومی» درحقوق اساسی بمعنی دیگری نیز استعمال شده است که فعلاً مورد بحث نیست)

نکته ـ رشته های مختلف حقوق عمومی داخلی عبارت است از: حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق جزا و آئین دادرسی کیفری.

ب ـ حقوق خصوصی داخلی (۱) و آن بخشی است از حقوق داخلی که ناظر به روابط حقوقی افراد بایکدیگر است. رشته‌های مختلف حقوق خصوصی عبارت است از: حقوق مدنی ـ آئین دادرسی مدنی که بنظر بعضی جزو حقوق عمومی است.

حقوق موضوعه وحقوق طبیعی

٤ ـ اول ـ حقوق موضوعه یاحقوق تحققی یاحقوق مثبته (۲) و آن مجموعهٔ قوانین جاری درزمان معین درجامعهٔ معین است.

دوم ـ حقوق طبیعی یا حقوق فطری (۳) در طول تاریخ تعریفات فراوانی از آن شده است بعضی میگویند: حقوق طبیعی محصول کار عقل سلیم است! بعضی میگویند: حقوق طبیعی حقوقی است که درفطرت بشر وجود داشته وهمه جائی وهمیشگی است و هیچگونه تغییر نمیکند، بعضی میگویند: حقوق طبیعی تفاهم مشترك بشر درزمان معین است مانند منع فروش برده درعصر حاضر؛ بنابراین تعریف حقوق طبیعی همیشگی نیست ولی همه جائی است. نظر صحیح آنست که:

اولا ـ اصول اولیهٔ حقوق طبیعی از نظر ماهیت (٤) همیشگی و همه جائی است ولی از نظر محصول ونتایج متغیر است.

۱ـ Droit privé interne

۲ـ Droir positif

۳ـ Droit naturel

٤ـ Nature

ثانیاً ـ اصول حقوق طبیعی باحفظ موجودیت خود همآهنك کلیهٔ تغییراتی است که ناشی ازتمدنها وحاجت‌های مختلف ومتغیر است.

ثالثاً ـ حقوق طبیعی باطبیعت بشر وفق میدهد وترجمان این طبیعت اصل واحدی است بنام اصل عدم محرومیت(۱)

۵ـ حقوق طبیعی باین معنی که آخرین طرز فکر حقوق طبیعی است براساس فکر رئالیسم قرار گرفته بهمین جهت دربسیاری ازموارد عین حقوق موضوعه است وبعکس تصور علماء حقوق گذشته قواعد ومقررات آن محدود نبوده وبسیار فراوان است و «قابلیت تدوین» مستخرجات آنرا باید بزرگترین خاصیت منحصرش دانست .

نکته

۶ـ درتمام اقسام فوق حقوق ازنظر ماهیت وآثارش مطالعه میشود نه ازحیث تغییر آن درازمنه وامکنه؛ تاریخ حقوق تنها رشتهٔ حقوقی است که روی پایهٔ مطالعهٔ تحولات سازمانهای حقوقی(۲) بناشده وهمه رشته‌های حقوقی مذکور فوق را فرامیگیرد بهمین جهت آنرا «تاریخ عمومی حقوق»(۳) میگویند.

تاریخ حقوق

تعریف تاریخ حقوق

۷ـ وآن علمی است که ازچگونگی پیدایش وتحول سازمانهای (۱) حقوقی در حقوق یك ملت بحث می کند.

۱- Principe de non-privation

۲- Institutions

۳- L,histoire général de Droit

۴ ـ هرسازمان حقوقی مجموعهٔ قوانین ومقرراتی است که حافظ یك نفع اجتماعی است مانند: دولت ، شرکت مدنی، نکاح ، مرور زمان، بیع وغیره

موضوع تاریخ حقوق

۸ـ موضوع تاریخ حقوق عبارت است از حقوق موضوعهٔ یک ملت (اعم از حقوق عمومی وحقوق خصوصی) بنابراین تاریخ حقوق بر دو قسم است: تاریخ حقوق عمومی و تاریخ حقوق خصوصی. مجموع این دو قسم را تاریخ عمومی حقوق گویند.

غرض تاریخ حقوق

۹ـ غرض این علم عبارت است از:

اول ـ تشخیص وتفسیر قوانین موجود بوجه شایسته ودرست بکمک سوابق حقوقی.

دوم ـ تنظیم قوانین بوجه انسب.

هدف اول جنبهٔ قضائی (۱) دارد و هدف دوم جنبهٔ تقنینی. بنا براین مطالعهٔ این علم هم بحال قضات سودمند است وهم بحال قانونگزاران.

مؤلفان تاریخ حقوق تاجائی که مطالعه شده در اطراف غرض تاریخ حقوق کوچک‌ترین توضیحی نداده‌اند وعلت خفاء اهمیت تاریخ حقوق در پاره‌ای از جوامع ومجامع شاید همین امر باشد بنابراین مقام، مقتضی تفصیل است و باذکر سه مثال توضیح بیشتری در اطراف غرض تاریخ حقوق خواهیم داد:

مثال اول

۱۰ـ «ضرر» یک ماهیت حقوقی است که در متن قوانین موضوعهٔ اسلامی تعریف نشده است، مستفاد از نصوص قوانین اسلامی این است که «ضرر» بمعنی مطلق تجاوز (اعم از تجاوز مالی وتجاوز غیر مالی) بکار رفته است (۲) ومؤلفان فقه هم آنرا در همین معنی استعمال

۱ـ Judiciaire

۲ ـ مانند این حدیث: روایة الحلبی عن ابیعبدالله (ع) سالته عن رجل ینفر برجل فیعقره و یعقر دابته رجلا. قال: (هوضامن لماکان من شیئی) وعن الشیئی یوضع علی الطریق فتمر الدابه فتنفر بصاحبها فتعقره، (کل شیئی مضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه)

در حدیث سمرة بن جندب هم ضرر در مورد کیفری بکار رفته است دستور کندن درخت خرمای صاحب درخت بعنوان تعزیر بوده است نه بعنوان اخذ خسارت.

نموده‌اند (۱) این بود کیفیت قوانین مربوط به ضرر (مانند لا ضرر و لاضرار) در صدر اسلام.

درتاریخ تحول حقوق ایران دردورهٔ وسطی چنین دیده میشود که مؤلفان علم حقوق ضرر را تفسیر مضیق نموده‌اند باین معنی که عدم‌النفع را از آن‌خارج کرده‌و باقیمانده را ضرر میدانستند (بعضی از همان حقوقدانان مخالف این نظر بوده‌اند) این تفسیر مضیق چون نظر استنباطی بوده الزام‌آور ولازم الاتباع نیست.

در دورهٔ حقوق جدید ایران درجریان تهیهٔ قانون مدنی (در مبحث اتلاف و تسبیب) اشاره‌ای بتعریف ضرر نشد ولی تمایل اغلبی محاکم این بود که از تفسیر مضیق‌فوق تبعیت شود وباین ترتیب بطور غیرمستقیم یك‌سابقهٔ حقوقی‌را رعایت می‌نمودند ولی رعایت این سابقه متناسب با اقتصادروز نبوده وتوسعهٔ روزافزون قواعد مربوط به‌مسئولیت مالی(۲) ایجاب میکرد که آن‌تفسیر مضیق متروك گردد وسابقهٔ اصلی که قبل ازتفسیر مضیق مزبور وجود داشته رعایت گردد. اگرتفسیرمضیق‌مزبور مستمسك قرار نمیگرفت شاید حاجتی بوضع ماده ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی (که بعداً وضع شد) نبود هم اکنون نیز باتوجه بسابقهٔ اصلی ضرر در متن قوانین موضوعهٔ اسلامی و سایرجهات ضروری متناسب‌است که نظائرمواد۳۳٤ قانون‌مدنی تفسیر موسع‌شود. این حقیقتی‌است که تاریخ حقوق می آموزد.

مثال دوم

۱۱ـ مسئولیت مالی دوقسم است: مسئولیت ناشی ازقراردادها ومسئولیت‌خارج ازقرارداد. مستفاد ازنصوص‌قوانین موضوعهٔ اسلام اینست که درمورد مسئولیت‌خارج

---

۱ ـ مثلا علامهٔ حلی در کتاب مختلف بطرفداری از جوازردوصایت از طرف‌وصی (دردوصورت: ۱-قبل از اعلام قبول ۲ ـ بعد ازاعلام قبول و قبل ازموت‌موصی) چنین مینویسد: والوجه عندی‌المصیر الی ذلك وان کان‌قد قبل الوصیة‌اولا. وان لم‌یکن قبل ولاعلم‌جاز الرجوع للاصل‌ولازالة الضرر الواصل الیه بالتحمل غیرالمستحق و قدقال .... لاضرر و لاضرارفی الاسلام

۲ـ Responsabilité civile

ازقرارداد صرف صدق «انتساب اضرار» کافی است (۱) که منتسب الیه را مسئول قرار دهد بدون اینکه عمد وخطا وتقصیر ومسامحه درنظر گرفته شود.

بعدازچندقرن که‌ازصدراسلام‌دورمیشویم میبینیم که‌مؤلفان‌فقه تحت تأثیرفلسفهٔ یونان‌قدیم «مسؤلیت خارج ازقرارداد» را روی دو پایهٔ اتلاف‌وتسبیب بنانمودند وبا این‌فکر نه‌تنها نصوص‌قانونی توضیح داده‌نشد بلکه بمراتب‌پیچیده ترگردید یعنی‌در حقیقت یك تئوری ساده (انتساب‌اضرار) بدوتئوری پیچیده تروگنك (اتلاف‌وتسبیب) تبدیل شد.

دردورهٔ سوم تاریخ حقوق ایران نویسندگان قانون مدنی تحت تأثیر تألیفات فقهی به تئوریهای اتلاف و تسبیب تکیه‌کرده وآنها را درمواد ۳۲۸ تا ۳۳۵ قانون مدنی منعکس ساختند در صورتیکه تئوری «انتساب اضرار» برای‌تفسیرموسع قضائی استعداد بیشتری‌داشته‌ولااقل‌فهم آن آسانتربوده‌است. آیا نمی‌توان ازاین‌قسم‌مطالعات درتاریخ حقوق استفاده‌کرده وبوجه بهتری قوانین‌را تنظیم نمود؟

مثال سوم

۱۲ـ ازمطالعهٔ مجموع قوانین‌موضوعهٔ‌اسلامی‌چنین‌استفاده میشود که دأب‌مقنن براین‌است که‌متعرض‌تعریف‌وتحدید(۲)ماهیات‌حقوقی‌نشود مثلاعقد، بیع، رهن، نکاح وغیره درنص‌قانون تعریف نشده‌است. درتمام این‌موارد مؤلفان فقه مجالی برای‌اعمال نظردارند وبااستفاده ازوسائل مختلف (مانند مراجعهٔ بعرف، تمسك باستدلالات‌لفظی وغیره) ماهیات مزبوررا تحدید میکنند. این مطلب را تاریخ حقوق ایران در دورهٔ وسطی برای‌ما مسلم میسازد. بنابراین‌وقتیکه درزمینهٔ تحدید ماهیات حقوقی میدان

---

۱ ـ این فکر که مبنای مسئولیت مالی درحقوق‌اسلامی‌است بکلی‌مغایر باتئوری فت Théorie de faute است و تقریبا نزدیك به تئوری ریسك Théorie de risque است (رجوع‌شود بماده ۳۱ قانون مسئولیت مالی از کتاب مستنبط

۲ـ Limitation

اًعمال نظر باز است آیا مناسب تر نبود که مقنن درعصر حقوق جدید ایران سرنوشت تعریف ماهیاتی مانند وصیت را عمداً بدست ابهام نسپرد ؟

این بود امثله ونمونه هائی که آثار مثبت این رشته ازحقوق را روشن میسازد مضافاً براینکه این رشته ازحقوق درعصری پیداشده که انسان متوجه جنبه‌های عملی امور شده‌است واین خود ما را ازتفصیل بیشتردربیان غرض تاریخ حقوق مستغنی میسازد.

دوره‌های مهم تاریخ حقوق ایران

۱۳ـ رسم مؤلفین تاریخ حقوق براین است که تاریخ حقوق یك ملت را بچند دورهٔ مهم تقسیم میکنند وتحول حقوق آن ملت را درمسیر آن ادوار مطالعه مینمایند؛ بنظرما مهمترین دوره‌های تاریخ حقوق ایران سه دوره‌است :

الف ـ دورهٔ ایران باستان (یعنی ازقدیمترین ازمنه تا آخردورهٔ ساسانی)

ب ـ دورهٔ وسطی یا دورهٔ فقه (یعنی ازابتداء تسلط عرب برایران تا ابتداء بروز حقوق جدید ایران)

ج ـ دورهٔ حقوق جدید ایران

۱۴ـ نکته ـ باید دانست که فقه وحقوق از نظرمطالب مورد بحث باهم فرق دارند زیرا فقه علاوه براینکه حاوی مباحث مندرج درحقوق است مشتمل برمباحث اخلاقی(مانند عبادات ومستحبات ومکروهات) میباشد ولذا اوسع ازحقوق‌است .در این کتاب درقسمت دورهٔ وسطی آن قسمت ازفقه که‌منحصراً درکادرحقوق ایران‌قرار میگیرد مورد مطالعه وبررسی‌است وزائد برآن مقدار باید درتاریخ فقه مطالعه شود نه درتاریخ حقوق‌ایران.

تاریخ حقوق ایران

دورهٔ وسطی

کتاب اول

تاریخ حقوق عمومی

مبحث اول ـ حقوق اساسی

مبحث دوم ـ حقوق اداری

مبحث سوم ـ حقوق جزا

مبحث چهارم ـ آئین دادرسی کیفری و مدنی

مبحث پنجم ـ حقوق بین‌الملل عمومی

مبحث اول

(حقوق اساسی)

فصل اول ـ حاکمیت ـ تحولات آن ـ شکل حکومت و طرز اداره

فصل دوم ـ قوای عالیه

فصل سوم ـ حقوق رئیس حکومت و حقوق مسلمانان (ملت) و حقوق بشر

فصل چهارم ـ قوانین و مقررات مالی و نظامی

مبحث اول ـ حقوق اساسی

فصل اول

حاکمیت ـ تحولات حاکمیت ـ شکل حکومت و طرز اداره

قسمت اول ـ حق حاکمیت

قسمت دوم ـ تحولات حق حاکمیت

قسمت سوم ـ شکل حکومت وطرز اداره

قسمت اول

حق حاکمیت

مباحث مورد بحث در این قسمت عبارت است از :

الف ـ منشاء حق حاکمیت

ب ـ طرز انتقال حق حاکمیت .

مقدمه

۱۵ـ دراین مقدمه دو نکتهٔ اساسی بیان میشود :

نکتهٔ اول ـ هر چند که پاره ای از مؤلفان دانشمند حقوق بنام « تاریخ حقوق عمومی اسلام» تألیفی تهیه کرده اند ولی باید دید فکر(۱) حقوق عمومی (۲) بمعنی

Droit pubic-۲ Notion -۱

اروپائی کلمه آیا درحقوق اسلامی منعکس است یا نه؛ برای اینکه باین سؤال پاسخ داده شود خوب است متوجه یك تحلیل حقوقی شرقی که در اطراف انواع «عام» صورت گرفته وجنبهٔ لفظی هم ندارد بشویم: درعلم اصول گفته اند عام سه قسم است: عام مجموعی، عام استغراقی، عام بدلی. اکنون باید دید مقصود ازعموم در «حقوق عمومی» چه نوع عمومی است، مقصود ازعموم دراین اصطلاح عام مجموعی است باین معنی حقوق عمومی حقوقی است که برای یك جامعه من حیث المجموع مقرر شده است و مثال بارز آن مدلول اصل بیست وششم متمم قانون اساسی است (۱)

باتوجه بمقدمهٔ بالا باید گفت که حقوق عمومی باین معنی درقوانین موضوعهٔ اسلامی دیده نمیشود، حق درقوانین اسلامی یاحق الله است و یاحق الناس ودر هر صورت متعلق بفرد است نهایت اینکه حق الله طعم حق عمومی را دارد، و باتوجه باین مطلب است که دراین کتاب (دردورهٔ وسطی) صحبت ازحق عمومی میکنیم، سهولت تعلیم اینطور مقتضی است.

۱۶ـ نکتهٔ دوم ـ دردورهٔ وسطی نظر بخاصیت قانون وقت ممکن است این سؤال دراندیشه آید که بحث ازتاریخ حقوق دراین دوره (بمنظور دانستن تحولات حقوقی) ثمر ندارد زیرا جنبهٔ ثبات این نوع قوانین، مانع ظهور حوادث تاریخی است.

پاسخ سؤال اینست که اولا حقوق دردورهٔ وسطی هرچند که کوچکترین تغییری نکند لااقل سابقه ولاحقهٔ آنرا هر گاه منظور بداریم تحول حقوقی ما را نشان میدهد سابقهٔ آن حقوق ایران باستان تا عصر ساسانی است ولاحقهٔ آن دورهٔ حقوق جدید ایران است بنابراین درمسیر تحول حقوق ملت ما دورهٔ وسطی قرار دارد وازمطالعهٔ آن ناگزیریم.

ثانیاً ـ دردورهٔ وسطی هم دورشته تحولات حقوقی دامنه دار وجود دارد که متناسب باحقوق این دوره است:

اول ـ حقوق اداری بشرحی که درمطلب شماره ۱۳۳ ببعد گفته خواهد شد.

---

۱ ـ قوای مملکت ناشی ازملت است، طریقهٔ استعمال آن را قانون اساسی معین می نماید.

دوم ـ استنباطات کلی که با تقنین رابطه‌ای نزدیك دارد دائماً درتغییر بوده‌است وبالنتیجه‌قواعد حقوقی لازم‌الاجرائی را بوجود آورده‌است که بسیاری از آنها درقانون مدنی فعلی‌ما منعکس شده‌است ومطالعهٔ این تحولات را نباید ازنظردورداشت.

منشأ حق حاکمیت

۱۷ـ درقوانین موضوعهٔ ایندوره حق حاکمیت (که شامل قوای سه گانه‌است) ناشی ازخداوند است این فکر درتمام ادیان وجود دارد؛ خوارج یك حزب متشکل بودندکه درزمان حکومت علی(ع) قیام نمودند ومی گفتند : لاحکم‌الالله، وعلی (ع) درجواب‌می‌فرمودند« کلمةحق‌ارید بهاالباطل» ازعبارت« کلمة حق»فهمیده میشود که این‌اصل درحقوق ایندوره مسلم‌است : که حق حاکمیت ناشی‌ازخداوند است.

طرز انتقال حق‌حاکمیت

۱۸ـ انتقال حق حاکمیت بزرگترین مسألهٔ مورد نزاع این دوره‌است، منازعهٔ سیاسی بمشاجرهٔ علمی‌وتئوریك منتهی‌شده وتزلزل‌قابل‌ملاحظه‌ای درنظم اجتماع‌ایجاد نمود. دراین کتاب فقط بجنبهٔحقوقی پرداخته میشود:

۱۹ـ اهل‌سنت‌معتقدند که حق‌حاکمیت بیکی‌ازدوشکل ذیل منتقل میشود(۱)

الف ـ طریق انتخابی (یا طریقهٔ بیعت) ـ باین ترتیب که یك یا چند نفراز مسلمین میتوانند اقدام بانتخاب خلیفه کنند باقی‌مردم ملزمند که اقدام آن یك‌یاچند نفررا محترم بشمرند، انتخاب کننده باید اهل‌حل‌وعقد (یعنی آشنای بمسألهٔحاکمیت)

---

(۱) الماوردی‌صاحب کتاب «الاحکام السلطانیه» می نویسد :

الامامة تنعقدمن وجهین:

احدهما باختیار اهل العقد والحل

والثانی بعهدالامام من قبل

صاحب« مواقف»می نویسد، الامامة تثبت بالنص من الرسول ومن الامام السابق بالاجماع وتثبت ایضا ببیعةاهل الحلو العقدعنداهل السنةوالجماعة ... خلافا للشیعة اکثرهم فانهم قالوالا طریق الا النص.

باشد. درصورتیکه هر گروهی شخصی را بخلافت انتخاب کنند بنا بنقل صاحب کتاب مواقف آنکه «اعلم» است خلیفه است، ودرصورت تساوی درجهٔ علمی آنکه «اتقی» است مقدم است، ودرصورت تساوی آنکه سنش بیشتر است حق تقدم دارد. اگر در شهرهای مختلف خلفای مختلف انتخاب شوند آنکه تاریخ انتخابش جلو است مقدم است، واگر تقدم تاریخ محرز نشد انتخابات سابق باطل وتجدید انتخاب خواهد شد. تعدد خلفا در زمان واحد بشرط اینکه قلمرو کشور وسعت زیاد داشته باشد (که یکنفر از عهدهٔ اداره برنیاید) مانعی ندارد دراینصورت هرحاکمی درقسمتی ازقلمرو کشور خلافت خواهد نمود ولی این نظر مورد اتفاق نیست (۱)

بنظر شارح کتاب مواقف، انتخاب حاکم، کاشف(۲) ازاین است که خداوند مقام خلافت را بشخص انتخاب شده داده است(۳) مردم درصورت مشاهدهٔ فقدان شرائط خلافت (پس از تعیین خلیفه) میتوانند اورا معزول کنند(٤) مگر اینکه اومقاومت کند وزیان عزلش دراین وضع بیشتر از زیان ابقائش باشد. این است خلاصهٔ مقالات مواقف

ب ـ طریق نصب ـ که بر دوقسم است :

---

(۱) صرفنظر از عملی بودن وعملی نبودن اکثر مقررات فوق ، مدرك منحصر بفرد آن اجماع است ،وچنانکه در«علم اصول» تحقیق نموده‌ایم اجماع را نمیتوان یکی ازمنابع Sources حقوق اسلامی دانست .

۲ ـ باین ترتیب برخلاف تصور بعضی حقوقدانان ما نمیتوان گفت که انتخاب کنندگان نمایندگی Représentation ضمنی از سایر مسلمین دارند زیرا ماهیت نمایندگی بهیچوجه دراین مورد صدق ندارد.

۳ ـ البیعة لیست عندنا مثبتة للامامة ... بل هی علامة مظهرة لها.... (مواقف)

٤ ـ شرائط خلافت عبارت است از:

۱ ـ عدالت

۲ ـ عقل

۳ ـ بلوغ

٤ ـ ذکورة

۵ ـ انتساب به قبیلهٔ قریش

اول ـ آنکه شخص معینی برای خلافت معین شود.

دوم ـ آنکه جماعتی معین شوند تا بین آن جماعت یکنفر انتخاب شود و در حقیقت این یك طریقهٔ بین انتخاب و نصب خواهد بود و باید آنرا طریقهٔ بینابین نامید.

۲۰ـ معتقد شیعه اینست که باید انتقال حق حاکمیت فقط به طریق نصب باشد واهمیت مسألهٔ رژیم(۱) مقتضی است که تخییر بین نصب و انتخاب مقبول نباشد، ورژیم نصب با ماهیت حکومت فردی سازگار تر است. فرمان خلافت باید بنام شخص خلیفه باشد.

فرقهٔ آنارشیست(۲) خوارج عقیده بتعیین حاکم بهیچ صورت ندارند وتعیین آنرا منشأ بروزجنك وفساد میدانند.

---

(۱) Régime

(۲) Anarchiste

قسمت دوم

تحولات حق حاکمیت

الف ـ طرز انتقال حق حاکمیت از نظر حقوق شیعه

ب ـ حکومت قانونی وحکومت غیرقانونی

طرز انتقال حق حاکمیت ازنظرحقوق شیعه (۱)

۲۱ـ مطالعهٔ این قسمت مؤثر درروشن کردن وضع حاکمیت ازابتداءحکومت صفوی تاعصرحاضر است که قسمت اعظم این مدت، مربوط به «دورهٔ وسطی» است. دراین مدت حاکمیت برمدارحقوق شیعه دورمی‌زند واز این‌فکر انعکاسی دربعضی از اصول قانون اساسی (مخصوصا اصل دوم متمم قانون اساسی) دیده‌میشود.

اکثریت قریب باتفاق حقوقدانان شیعه معتقدند که پس از «غیبت» تمام اختیارات قانونی امام (ع) بحقوقدانان شیعه تفویض شده است(۲) وباین‌ترتیب حق‌حاکمیت هم که قانوناًازحقوق امام است بطور نیابت (۳) منتقل بآنان شده است؛واین فکر

---

(۱) این بحث مطلب شمارهٔ ۲۰را تکمیل می کند.

(۲) مجاری الامور والاحکام علی ایدی‌العلمأالامنأعلی حلاله وحرامه(حدیث)

(۳) Représentation

بر اصل دوم متمم قانون اساسی ماسایه انداخته است و بالنتیجه آن اصل را تفسیر می کند، این حقوقدانان را در اصطلاح «نواب» گویند.

۲۲ـ نواب قانونا حق دارند(۱) که قسمتی از اختیارات قانونی خود را بشخص یا اشخاصی که آشنای بامور سیاست باشند تفویض نمایند ولی معذلك حقوق ذیل را برای خود محفوظ می داشتند:

الف ـ استنباط کلی غیر قضائی (افتاء) و نشر آن (مطلب شماره ۳۵)

ب ـ دادرسی مدنی و کیفری

ج ـ آنچه که امروز در صلاحیت دادسرا است (تعقیب مجرمین و رسیدگی بامور حسبی) در صلاحیت آنان بود.

د ـ برقرار کردن تشکیلات لازم برای فعلیت دادن به صلاحیت قانونی خود

حکومت قانونی ـ حکومت غیر قانونی

۲۳ ـ در دورهٔ وسطی از تاریخ حقوق ایران دو اصطلاح «حکومت حقه» و

---

(۱) و از این قبیل است سند تاریخی ذیل که بموجب آن صاحب «کشف الغطا» به فتحعلی شاه قاجار اذن داده است، اینك عین عبارت او:

«الحرب الذی یتضمن دفاعا عن بیضة الاسلام ... اذا لم یحضر الامام ... وجب علی المجتهدین القیام بهذا الامر ... فان لم یکونوا ... او کانوا من الوسواسیین الذین لا یأخذون الا بظاهر شریعة سید المرسلین وجب علی کل بصیر صاحب رای و تدبیر عالم بطریق السیاسة عارف بدقایق الریاسة.. وجب علیه.

مقاتلة الفرقة الشنیعة الاروسیة (جنگهای روس تزاری با ایران) وغیرهم من الفرق العادیة البغیة . . . ولما کان الاستیذان من المجتهدین اوفق بالاحتیاط . . . فقد اذنت . . . . . . للسلطان ..... فتحعلی شاه ...فی اخذ ما یتوقف علیه تدبیر العساکر ورد اهل الکفر ...

«حکومت‌جور» زیاددیده می‌شود،مقصوداز اولی«حکومت قانونی» است واز دومی «حکومت غیر قانونی»

از نظر حقوقدانان عامه ،کسی که از طریق انتخاب یانصب قدرت‌رادردست بگیرد حکومتش قانونی است وگرنه حکومتش غیرقانونی است. ازنظر حقوق‌شیعه هرحکومتی که دررأس آن امام(ع) ویانائب (۱) وی باشد حکومت قانونی است وگرنه آن‌حکومت غیرقانونی است.

---

(۱) کسانی که ازطرف«نواب» مجاز در اجراء قسمتی ازحاکمیت باشندحکومت آنان درحدود اذن قانونی است .

قسمت سوم

شکل حکومت ـ طرز اداره

الف ـ حکومت قانونی ونامحدود

ب ـ شکل حکومت

ج ـ طرز اداره

حکومت قانونی ونامحدود

۲۴ـ حکومت قانونی ـ در مقابل آن حکومت مطلقه یا حکومت استبدادی قرار میگیرد . حکومت قانونی حکومتی است که حاکم، کشورش را طبق قوانین اداره نموده وازتجاوز بحقوق اتباع خودداری مینماید ولی درحکومت استبدادی حاکم مقید بهیچ اصل وقانون نبوده ودرحقیقت دلخواه اوست که حکومت میکند.

نظر بشرح بالاحکومت اسلام حکومتی بوده‌است قانونی چه‌سران حکومت جامعه را طبق قوانین آسمانی موجود اداره مینمودند (من لم یحکم بما انزل الله فاولئك هم الکافرون ـ یعنی کسی که طبق قانون خدا حکم نکند ازتابعیت اسلامی خارج است. باین مضمون درقرآن آیات زیادی دیده می‌شود مانند آیات ۵۱ـ۵۲ـ۵۳ سورهٔ مائده)

۲۵ـ حکومت نا محدود ـ این عنوان بحکومتی داده میشود که رئیس آن

حکومت تمام اقتدارات دولتی‌را دردست داشته باشد وتمام عمال و متصدیان امور بنام‌او انجام وظیفه کنند. درمقابل این نوع حکومت، حکومت محدود قراردارد و آن حکومتی است که تمام اقتدارات دردست رئیس حکومت نیست وبلکه یکی ازعوامل ذیل موجب محدود شدن قدرت رئیس حکومت میشود:

الف ـ مجمع عمومی ملت

ب ـ طبقات ممتاز

ج ـ نمایندگان ملت

بنا بشرح بالا حکومت اسلامی (و بالنتیجه حکومت در دورهٔ وسطی از تاریخ حقوق ایران) حکومت قانونی و نامحدود بوده‌است. نص «وشاورهم فی الامر» همچون الزامی نیست و یك تکلیف قانونی ایجاد نمی کند مخالفتی با مندرجات فوق ندارد.

شکل حکومت

۲۶ ـ حکومت اسلامی (وبالنتیجه حکومت دردورهٔ وسطی ازتاریخ حقوق ایران) ماهیت مخصوصی است که با انواع حکومت های معمولی فعلی جهان (سلطنتی و جمهوری) از جهاتی مشابه و ازجهاتی مغایر است. مشخصات آن حکومت از اینقراراست:

الف ـ در رأس حکومت فقط یکنفر قرار میگیرد (از این جهت با جمهوری فرق دارد).

ب ـ رئیس حکومت علی الاصول مسئول عملیات خود می باشد (از این جهت با حکومت‌منارشی فرق دارد).

ج ـ مدت حکومت‌وی موقت نیست (از این‌جهت با جمهوری‌فرق‌دارد).

د ـ حکومت، موروثی وانتخابی بصور(۱) معمول به‌در نوع حکومت‌منارشی

---

(۱) صور مزبور عبارت‌است‌از:
الف ـ انتخاب مستقیم بوسیلهٔ افراد ملت
ب ـ انتخاب بوسیلهٔ نمایندگان ملت
ج ـ انتخاب از جانب اشراف واعیان

نمی باشد (ازاین جهت باحکومت منارشی فرق دارد).

طرز اداره

۲۷ ـ درحقوق اساسی حکومت را از نظر طرز اداره بدونوع تقسیم می کنند:

الف ـ حکومت دمکراسی.

ب ـ حکومت دیکتاتوری.

در حکومت دمکراسی قدرت عمومی ناشی از ملت است که آنرا مستقیماً یا غیرمستقیم اعمال می کند. باین معنی نمی توان عنوان دمکراسی بحکومت اسلامی داد.

در حکومت دیکتاتوری قدرت عمومی دردست فرد است و دیکتاتور بحقوق مردم توجه نداشته و مطلق العنان امیال خود را صورت خارجی می دهد هرچند که با حقوق و خواسته های مردم وفق ندهد. باین معنی نمیتوان عنوان دیکتاتوری را هم بحکومت اسلامی داد. اساساً تقسیم حکومت ها از نظر اداره بدوقسم فوق صرفاً یك تقسیم تئوریك است و با واقعیات خارجی وفق نمیدهد.

فصل دوم

(قوای عالیه)

قوهٔ مقننه وقانون ـ قوهٔ مجریه ـ قوهٔ قضائیه

قسمت اول ـ قوهٔ مقننه وقانون .

قسمت دوم ـ قوهٔ مجریه

قسمت سوم ـ قوهٔ قضائیه

قسمت اول

قوهٔ مقننه‌وقانون

الف ـ قوهٔ مقننه

ب ـ قوانین موضوعه در اسلام

ج ـ فرامین رئیس حکومت و مأموران عالی‌رتبه

د ـ استنباط کلی

هـ منابع حقوقی

و ـ خواص عمومی قانون

ز ـ مشخصات قانونگزاری اسلامی

ح ـ تدوین قانون

ط ـ مکاتب حقوقی

۲۸ ـ در اسلام (و بالنتیجه دردورهٔ دوم از تاریخ حقوق‌ما) قانونگزاری علی‌الاصول مختص خداونداست وپیغمبر(ص) واسطهٔ رسانیدن قانون بمردم است . آنچه‌که پیغمبر میگوید وحی‌است . قوهٔ مقننه‌را پیغمبر بحدکمال خود می‌رساند(۱) با وفات وی این قانونگزاری‌پایان می‌یابد.

اگر قانون‌را بمعنی‌وسیع کلمه موردملاحظه‌قراردهیم بطوریکه شامل«فرامین رئیس حکومت» (مطلب‌شمارهٔ ۳۰) واستنباط‌کلی (مطلب‌شمارهٔ ۳٤) بشودمیتوان گفت‌قوهٔ مقننه لااقل از دو مجرای اخیر برای تمام دورهٔ دوم تاریخ حقوق ما بحیات خود ادامه میداده است . (۲)

قوانین موضوعه دراسلام

۲۹ ـ اساس قوانین موضوعهٔ اسلام (و حقوق موضوعه در دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ایران) نص‌قانون (یعنی قرآن مجید وسنت) است . دراینددوره دونوع قانون دیده می‌شود :

---

(۱) الیوم اکملت لکم‌دینکم (قرآن مجید)

(۲) ازاحادیث مسلم که اشاره بسکوت‌عمدی قانون‌میکند این‌است: «ان‌الله‌سکت عن‌اشیاء لانسیانا بل‌رحمة علیکم» موارد سکوت قانون دراغلب حقوقهای جهان مسائل متفرقه‌ای است‌که نمیتوان آنهارا بدسته‌های مهم تقسیم نمود ولی درحقوق اسلامی یك دستهٔ‌مهم (که‌امروز قوانین سازمانی واداری نامیده‌میشود وموضوع بحث‌رشتهٔ «حقوق اداری» است) از موارد سکوت قانون است ، سکوت قانون در این مورد بمنظور ایجادامکان‌تطبیق قانون با اوضاع واحوال مختلف‌درقرون‌مختلف برجوامع گوناگون است .

دراین‌قسمت ازسکوت‌قانون، اصالةالاباحة واصالةالبرائةوسایراصول کوچکترین نفوذی ندارد مبین این سکوت مقررات ناشی از دستوررئیس حکومت است، که قانون رابجریان می‌اندازد ومنشاء «تقنین عرفی» میشود ومنتهی بپیدایش اصطلاحات قانون عرفی، محاکم عرفی میگردد.

الف ـ قانونی که برای همیشه وضع شده است . معمولا وقتی که در اسلام اسم از قانون و شرع برده می‌شود فقط همین یك قسم را منظور دارند و از قسم دیگر تحت عنوان «حکومت» یاد می کنند.

ب ـ قانونی که برای اجراء قوانین مذکور در بند (الف) مقرر شده است این قسم قوانین یك رشته مقررات اداری و سازمانی است که هر یك از رؤساء حکومتها در زمان خود حق وضع و تغییر آنرا دارا می باشند.

فرامین رئیس حکومت و مأموران عالی رتبه

۳۰ـ در این دوره از تاریخ حقوق ما که برمدار قوانین موضوعهٔ اسلامی گردش می کند قوانین اداری و سازمانی بسیار کم است ، اگر در تألیفات مؤلفان خصوصا در قسمت دادرسی مقرراتی از این قبیل دیده می‌شود باید دانست که مأخذی در قوانین موضوعه ندارد و اغلب آنها انظار بدون دلیل است .

از طرف دیگر ادارهٔ کشور پهناوری مانند قلمرو اسلامی روزگار قدیم بدون برقرار کردن مقررات اداری و سازمانی امکان‌پذیر نیست ولی چون این مقررات جنبهٔ «همیشگی» نداشت بآنها بنظر قانون نگاه نمی کردند و در ضبط و تدوین آن سعی نمی‌نمودند فقط مطالب متفرقه‌ای جسته و گریخته از مقررات مزبور بجا مانده است بهمین جهت تاریخ حقوق اداری دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما در تاریکی عمیقی فرو رفته است و سالیان دراز صرف وقت لازم است تا کاملا این مجهول حل گردد.

مقررات اداری و سازمانی و لو اینکه جنبهٔ همیشگی نداشته باشد ماهیت «قانون» را داراست . این مقررات در این دوره بصورت «فرامین رئیس حکومت» است که چون اجراء قانون بعهدهٔ او است تعیین مقررات مزبور هم بمنظور اجراء قانون در صلاحیت او می باشد(۱)

---

(۱) تفویض صلاحیت وضع مقررات اداری بوی دو خاصیت عمده دارد :
الف ـ تطبیق قوانین موضوعه بقدر امکان بر اوضاع و احوال ازمنه و امکنهٔ مختلف
ب ـ رعایت مصالح عمومی بوجه بهتری صورت می گرفت چه می‌دانیم قوانین سازمانی و اداری بیشتر از هر قانون دیگر درمقابل تغییرات زندگی اجتماعی حساسیت نشان می دهد.

مقررات مزبور نظیر مندرجات «آئین نامه‌های اجرائی قانون» در حقوق‌های مدرن است.

۳۱ ـ نکته ـ فرامین رئیس حکومت بچند دستهٔ مهم ذیل تقسیم میشود:

الف ـ امور مربوط باستخدام (در اصطلاحات سابق بآن «استعمال» و بمستخدم «عامل» گفته‌می‌شد).

ب ـ امور مربوط به گرفتن مالیاتها (باصطلاح آنوقت «اخذ خراج وجبایت صدقات» نامیده می‌شد).

ج ـ امور مربوط به نگهداری ارتش (جند) و تربیت آن و ادارهٔ امور جنك ودفاع

د ـ تقسیم اداری وقضائی قلمرو اسلامی وایجاد سازمانهای عمومی (برای سراسر کشور) وخصوصی (برای نواحی مختلف مملکت)

هـ ـ عزل ونصب قضات

و ـ ولایت در امور حسبی

۳۲ ـ فرامین مأمورین عالیرتبه ـ مأمورین عالیرتبهٔ حکومت مانند والی وقاضی می‌توانستند برای اجراء وظیفهٔ قانونی خود مقرراتی وضع کنند مثلا قاضی که بفرمان رئیس حکومت متصدی دادرسی می‌شد برای انجام وظیفه حاجت باستخدام مترجم ومنشی ومامور احضار (محضر) وبرقرار کردن تشکیلات اداری لازم داشت که مقررات مربوط بآنها را خود او معین می‌نمود هرچند که این مقررات برای قضاتی که بعدا بجای او منصوب می‌شدند بهیچوجه الزامی نبود (۱).

---

(۱) باتوجه باین مطلب، طرح مسائل ذیل وپاسخ آنها اساساً درست نیست:

الف ـ آیا کسانیکه به نیابت از قاضی وظائفی را انجام می‌دهند بصرف فوت قاضی از سمت خود منعزل می‌شوند: لومات القاضی الاصلی الذی نصبه امام العدل انعزل کل نائب له فی شغل معین کبیع علی میت اوغائب اوسماع بینة فی حادثة معینة بغیر خلاف کما فی المسالك (نقل از کتاب شرایع وجواهر).

بقیه در صفحه بعد

۳۳ـ نکته ـ اصول ۷۱ ـ ۷۳ ـ ۷۵ متمم قانون اساسی که بحث از امور عرفی ومحاکم عرفی می کند در تاریخ حقوق ایران منشاء و اساسی برای آنها وجود دارد که باید آن منشأ را در بررسی های مشروح فوق جستجو نمود.

استنباط کلی

۳۴ـ بدون شك استنباط کلی (۱) ازمنابع حقوقی (۲) حقوق اسلام است وقتی که «آراء وعقاید علماء حقوق» در حقوقهای مدرن یك منبع حقوقی بشمار می آید بطریق اولی باید استنباط کلی را از منابع حقوقی بشمار آورد زیرا استنباطات کلی در هر حال (خواه بصورت حکم باشد خواه بصورت فتوی) ازضمانت اجراء (۳) برخوردار است وحال اینکه «آراء وعقاید علماء حقوق» ازضمانت اجراء برخوردار نیست.

این منبع حقوقی اختصاص بدورهٔ دوم از تاریخ حقوق ایران دارد و در دورهٔ

اگر قاضی درحدود صلاحیت خود شغلی را بکسی محول نموده مجالی برای بحث مزبور نمی باشد وفوت قاضی عامل مؤثر در بحث نیست.

ب ـ قاضی مکلف است که دعاوی رسیدگی شدهٔ هرهفته را دردفتری جمع نموده وروی آن تاریخ رسیدگی رابنویسد: ـ ینبغی ان یجمع قضایا کل اسبوع ووثائقه وحججه ...ویکتب علیها قضاء اسبوع کذا من شهر کذا من سنة کذا.

ایراد بر این نظر آن است که چنین تکلیفی بطور کلی نسبت بهمهٔ قضات در نص قانون وجود ندارد، عین همین ایراد به «مقررات احضار» که در تألیفات مؤلفین ثبت شده است وارد است در اینمورد در کتاب مسالك چنین نوشته شده است:

«فان استخفی بعث من ینادی علی باب داره انه ان لم یحضر الی ثلاث، سمرت داره او ختم علیه فان لم یحضر بعد الثلاث وسأل المدعی التسمیر او الختم اجابه الیه (هر گاه مدعی علیه به محکمه حاضر نشود ومخفی گردد از طرف محکمه جلوخانهٔ او اعلان می شود که: هر گاه تاسه روز به محکمه حاضر نشود در خانه اش ممهور یا میخ خواهد شد! پس از این اعلان تاسه روز اگر حاضر نشد بتقاضای مدعی درخانه اش ممهور یا میخ خواهد شد).

(۱) استنباطی است که صرفنظر ازمورد خاص وبصورت کلی استخراج شود.

(۲) Sources

(۳) Sanction

سوم (یعنی دورهٔ حقوق جدید ایران) چنین منبع حقوقی تقریباً وجود ندارد زیرا مادهٔ پنجم قانون آئین دادرسی مدنی میگوید:

«دادگاه هر دعوی را با قانون تطبیق کرده و حکم آنرا تعیین می نماید و نباید بطور عموم و قاعدهٔ کلی حکم بدهد.»

۳۵ ـ استنباط کلی در این دوره بدو شکل ذیل دیده شده است:

الف ـ استنباط کلی در مقام قضأ و ترافع ـ در اینصورت اصطلاحا آنرا حکم می نامند، مانند حکم به وجود خیار غبن باستناد نص لاضرر و لاضرار (۱) در ترافعی که بین طرفین عقد بیع رخ داده است.

ب ـ استنباط کلی در خارج مورد قضأ (۲) در اینصورت اصطلاحا آنرا «فتوی» می نامند.

۳۶ ـ گفته شده که در قرون اولیهٔ اسلامی استنباط کلی وجود نداشته و حقوقدانان از آن دوری می نمودند (۳) بعدها بر اثر توسعهٔ جوامع اسلامی و فقدان کدهای منظم در اطراف و اکناف قلمرو اسلام این حاجت پیش آمد که استنباطات کلی بعمل آمده و نسخه هائی از آن تهیه و در اختیار مردم نهاده شود، و «رسالهٔ عملیه»

---

(۱) خیار غبن در حقوق اسلام نص خاص ندارد و فقهاء آنرا از حدیث لاضرر استخراج میکنند.

(۲) یك نمونه از این قسم استنباط در حقوق جدید ایران وجود دارد و بسیار کم اهمیت است، رجوع شود به «قانون اصول تشکیلات داد گستری» مادهٔ ششم ـ فقرهٔ اول از وظائف ادارهٔ حقوقی.

(جوابی که ادارهٔ حقوقی در مقابل استعلامات قضائی می دهد ناشی از استنباط غیر قضائی و بصورت کلی است)

(۳) قد کان الاستنباط فی هذا العصر (یعنی عصر خلفاء) مقصوراً علی ما ینزل بهم من الحوادث، فلم یکونوا مسائل لم تقع و یقدرون وقوعها... کما فعل المتأخرون بل اقتصروا علی الافتاء فیما یقع لهم... روی عن زید بن ثابت انه کان اذا استفتی فی مسالة سأل عنها: فان قیل له وقعت افتی بها و ان قیل له لم تقع قال دعوها حتی تکون.

نتیجهٔ همین استنباطات کلی است این رساله‌ها در دورهٔ وسطی عینا مانند کدهای قانونی موجود در دورهٔ حقوق جدید ایران است.

منابع حقوقی

۳۷ ـ چنانکه در علم اصول تحقیق شده منابع حقوقی اسلام هفت چیز است:

الف ـ قانون (یعنی متن آیات حقوقی و احادیث حقوقی)

ب ـ فعل مقنن

ج ـ تقریر مقنن

(سابقا مجموع فعل و تقریر مقنن و احادیث حقوقی را تحت عنوان واحد «سنت» یك منبع حقوقی تلقی می نمودند ولی چون ماهیت حدیث با ماهیت فعل و تقریر مقنن فرق داشت چنین مناسب دانستیم که این سه مطلب از هم تفکیك شود و این عمل ضمنا مقایسهٔ منابع دورهٔ وسطی را با دورهٔ حقوق جدید ایران تسهیل خواهد نمود.

د ـ عرف (۱)

هـ ـ استنباط کلی بشرحی که گذشت.

و ـ آراء و عقاید فقهاء

۳۸ ـ ز ـ بناء عقلاء و آن یکنوع عملکرد همیشگی و همه جائی است که مستقیما از ضرورتهای حیات کسب وجود کرده است مانند استصحاب.

بنابر آنچه که در علم اصول تحقیق شده بناء عقلاء در صحنهٔ حقوق همان حقوق طبیعی است و عمل قابل تحسین حقوقدانان اسلامی این است که باستناد «تقریر مقنن (که خود یکی از منابع حقوقی اسلامی است) آنچه از بناء عقلاء را که صریحا در متون قانونی منعکس نشده با استدلالی دقیق وارد حقوق موضوعه نموده‌اند (۲) بنابراین

Coutume (۱)

۲ـ مثلا می گویند عمل طبق حالت سابقه (استصحاب) در عصر مقنن معمول به عقلا بوده است و مقنن آنرا منع نکرده است و همین منع نکردن «تقریر» محسوب است. بنابراین باستناد تقریر مقنن، استصحاب جزو حقوق موضوعه می شود.

بناء عقلاء کانالی است که حقوق طبیعی از مجرای آن وارد حقوق موضوعه می شود.

۳۹ـ در تعداد منابع حقوقی نه تنها حقوقدانان خاصه باهم اختلاف نظر دارند حقوقدانان عامه هم باهم توافق ندارند.

خواص عمومی قانون

۴۰ ـ برای اینکه خواص عمومی قانون در دورهٔ وسطی معلوم شود ملاحظهٔ مجموع امور ذیل ضروری است :

الف ـ قانون دراین عصر نمونهٔ بارز قوانین مذهبی است.

ب ـ در موارد تجاوز از قانون ، علاوه بر مسئولیت‌های اینجهانی مسئولیت اخروی هم ممکن است وجود پیدا کند.

ج ـ اخلاق بزرگترین زیربنای قانون است و تعالیم اخلاقی ضامن اجرائی غیر مستقیم قوانین است و بنحو مؤثری اجراء قانون را تسهیل میکند، شخص متدین بدون وجود سند مدیونیت ، دین خود را می‌پردازد ، از تجاوز بحقوق دیگران خودداری میکند و درصورتیکه دلیلی برجرمش بدست نیامده باپای خود به محکمه حاضر شده، و برای تحصیل طهارت روحی اقرار بجرم خود می کند ! درچنین وضع روحی که ناشی از تعالیم عالیهٔ اخلاقی است ادلهٔ اثبات دعوی هرقدر هم که درعصر ما ضعیف بنظر برسد (مانند اقرار وشهادت) در کادر تعالیم اخلاقی بسیار نیرومند ومحترم و مؤثر واقع میشود، هدف مجازات نه تنها انتقام نیست بلکه هدف آن تطهیر جان درحضرت پروردگار است.

۴۱ـ د ـ بعلت دخالت عامل اخلاق درحقوق، احکام قانونی به پنج قسمت : امر ـ نهی ـ اباحة ـ استحباب ـ کراهت تقسیم میشود وحال اینکه درحقوق جدید فقط «امر ـ نهی ـ اباحة» وجود دارد.

هـ ـ تکلیف در ایندوره بارزتر از حق است حق به‌تبعیت تکلیف بیان می‌شود یعنی افراددر مقابل قانون خدا مکلفند که‌حقوق یکدیگر رارعایت کنند .

۴۲ ـ و ـ حقوق ناشی ازقوانین در ایندوره بدو قسمت عمده تقسیم می‌شود : حق‌الله و حق‌الناس. حقوقی که‌قانون برای اشخاص(فرد ـ جمعیت) صریحاً شناخته حق‌الناس است و گرنه حق‌الله است (۱)

مشخصات قانونگزاری اسلام

۴۳ ـ برای تصورطرز تقنین مربوط بدورهٔ وسطی ازتاریخ حقوق‌ایران‌ملاحظهٔ مجموع امور ذیل‌لازم است :

الف ـ اغلب قوانین معمول دردورهٔ دوم اندکی قبل از شروع ایندوره (یعنی مقارن افول سلسله ساسانی) وضع و مقرر شد یعنی اصول قوانین اسلامی در حیات نبی‌اکرم (که مقارن دورهٔ اول تاریخ حقوق ایران بوده است)وضع‌شد این قوانین یکجا وضع نشد بلکه به مناسبت اتفاقاتی که‌درجامعه رخ میداد قانون وضع‌می‌شد. فقط قسمتی از این قوانین که‌درقرآن مجیدوجودداشته از ابتداء امرمدون‌بود (آنهم درنسخه‌های‌معدود) ولی‌قوانین‌موجود در احادیث بعدهاتدوین‌شد ودرهرحال‌تدوین قانون هیچوقت جنبهٔ رسمی نداشت وهرکس که مایل بود نسخه‌هائی از قوانین تهیه میکرد. امکانات آنروزگارهم اجازهٔ تدوین قانون‌را نمیداد .

۴۴ ـ ب ـ چون مسائل مربوط‌بسازمانهای حکومتی وحقوق اداری غالبادر قانون مزبور منصوص نبود و تنظیم مقررات مربوط بآنها در صلاحیت رئیس حکومت قرار داشت (۲) بهمین جهت در این زمینه برای کسانیکه بنحوی از انحاء قدرت عمومی(۳) را بدست میگرفتند این میدان وجود داشت که

---

(۱) مادهٔ سوم‌قانون جزای اسلام(از کتاب مستنبط)

(۲)رجوع‌شود به کتاب‌مستنبط - قسمت قانون اساسی- اصل‌پنجم

(۳) Pouvoir public

مقرراتی بدلخواه خود ومتناسب با احتیاجات روز مقرر دارند وفقط دراین زمینه بود که تقنین در طول مدت دورهٔ وسطی لاینقطع ادامه داشت ، وبنابراین رشتهٔ حقوق اداری درطول دورهٔ وسطی تنها رشته‌ای است که تحولات تاریخی بیشتری بخود دیده وازنظر «تاریخ حقوق ایران» موضوع جالب بررسی است ، فقط تأسف در کمبود منابع مطالعه است .

تدوین قانون(۱)

٤٥ – بی‌شك باید تدوین قانون را یك مرحلهٔ درخشان از زندگی قضائی جوامع بشری شمرد (۲) ولی بشر همیشه از این نعمت برخوردار نبوده است . درگذشته عدم تدوین قانون ببعضی از حادثه جویان مجال برخورداریهای نامشروع داده است .

دردورهٔ وسطی ابتداء فقط قوانین مندرج درقرآن ازتدوین برخوردار بود ولی طولی نکشید که احادیث حقوقی بسرعت مدون شد (۳) بطوری که در ابتداء قرن دوم هجری فقط در شیعه چهارصد کتاب مدون شد که آنها را «اصول اربعماة» گویند درحقیقت باید کدیفیکاسیون را مقرون به ابتداء دورهٔ وسطی دانست. بعدها مجموعه های قانونی مرتب وبزرك تهیه شد مانند «صحاح ست» وکافی واستبصار و تهذیب ومن لایحضر.

٤٦ – براثر پیدایش «استنباط کلی» دراین دوره همیشه کدهای قانونی بصورت رسالهٔ عملیه دردسترس مردم قرارداده می شد معروفترین این کد ها «جامع عباسی» است

---

(۱) Codification

(۲) حتی درسیستم حقوق عرفی هم رویه‌های قضائی **Régle du précédent** تدوین می‌شود بنابراین تدوین اختصاص بحقوق نوشته **Droit écrit** ندارد .

(۳) در کتاب «کافی» تألیف کلینی درباب «روایة الکتب وفضل الکتابة و التمسك بالکتب» یك رشته احادیث وجوددارد که ازمجموع آنها استفاده میشود مقنن اسلامی علاقهٔ بتدوین قانون داشته‌است.

که بسیار منظم ومرتب تنظیم شده است ودستور پادشاه وقت در تهیه وتنظیم این کد مؤثر بوده است . بنابراین فکر کدیفیکاسیون درحقوق ما سابقهٔ نسبتاً درازی دارد .

مکاتب حقوقی

۴۷ ـ مکاتب حقوقی که مهد «آراء و عقائد علماء حقوق» است درحقیقت پایهٔ منبع چهارم حقوقهای مدرن است و باید درتاریخ حقوق موردتوجه قرار گیرد. درحقوق دورهٔ وسطی مکاتب حقوقی ذیل وجود داشته است :

الف ـ مکتب کلامی ـ ایندسته حقوقدانانی بودند که بیشتر در کلیات حقوق بحث می کردند بنابراین مؤسسین اولیهٔ علم اصول بشمار می روند وبهمین جهت است که درعلم اصول پس از طی سیزده قرن هنوز هم مباحث کلامی (که ربط بحقوق ندارد!) فراوان دیده می‌شود (۱) و مؤلفان علم اصول با همهٔ کوششی که درحذف آن مباحث بعمل آورده‌اند توفیق کامل نیافته‌اند . ازسران این مکتب هشام بن حکم و آل نوبخت را باید نام برد .

۴۸ ـ ب ـ مکتب لفظی ـ این مکتب بعد ازمکتب اول بوجود آمده است ، اینان مباحث الفاظ را تدریجاً وارد حقوق نمودند با اینکه نظر صحیح مقتضی است که گفته شود نصوص واصول قوانین اسلامی بوقایع وحقایق نظر دارد و بهیچوجه رنك لفظی ندارد. هم اکنون مکتب اصولی در عین حال تابع مکتب لفظی هم هست ، بعکس مکتب اخباری که در این مورد واقع بین تر بوده و حتی المقدور گرد مکتب لفظی نمی گردد .

۴۹ ـ ج ـ مکتب اصولی ـ مهمترین مکاتب حقوقی اسلامی در دورهٔ وسطی است ظاهراً اساس این مکتب را شافعی تهیه نموده است . این مکتب بعدازمکتب کلامی صورت بخود گرفته و موجب زوال آن شده است ولی هنوز هم تحت

---

۱ ـ نگارنده در کتاب اصول خود کلیهٔ مباحث کلامی را ازعلم اصول جدا نمودم برای اطلاع بیشتر بآن کتاب مراجعه شود .

تأثیر مکتب کلامی قرار گرفته است وافکار مکتب کلامی در آن فراوان دیده‌میشود .
علم اصول که محصول این مکتب است و در حقیقت مدخل علم حقوق است بوسیلهٔ
این مکتب بصورت علمی مستقل وثمربخش در آمده است . ازسران مهم این مکتب
در گذشته شافعی ، امام غزالی ، رئیس طائفهٔ امامیه شیخ طوسی ومیرزا حسین
نائینی است .

بعلت سد باب اجتهاد دراهل سنت رشد علم اصول در هفت قرن اخیر مدیون
همت فقهاء شیعه وبالاخص حقوقدانان ایرانی مانند میرزای قمی وشیخ انصاری و
نائینی بوده است .

۵۰ ـ د ـ مکتب اخباری ـ این مکتب مسلماً پس ازمکتب اصولی و تقریباً در
قرن ششم هجری بوجود آمده است وچون تنها منبع حقوقی را اخبارواحادیث می
دانند باین نام نامیده شده‌اند،فکر حقوقی در این مکتب بسیار ضعیف است ولی
خصومتش با مکتب اصولی قوی است ؛ ازسران‌این مکتب محدث استرابادی(صاحب
کتاب فوائد المدنیه) و صاحب حدائق است ومهمترین اثرحقوقی پیروان این مکتب
کتاب معروف حدائق است که درپنج جلد بزرک تألیف شده است وازمفاخرحقوقی
مردم‌ما است .

قسمت دوم

قوهٔ مجریه

الف ـ رئیس قوهٔ اجرائیه

ب ـ وزراء

ج ـ اصل تعاون

رئیس قوهٔ اجرائیه

۵۱ ـ رئیس حکومت ایندوره رئیس قوهٔ اجرائیه است این قدرت در زمان حیات نبی اکرم دردست اواست وپس ازاو خلفا و جانشینان قانونی وی ریاست فائقهٔ قوهٔ اجرائیه را دارا می باشند عزل ونصب کلیهٔ عمال دولتی (مستخدمین) درصلاحیت اواست و برای اجراء قوانین موضوعه میتواند هرگونه که صلاح است ترتیباتی مقرر دارد (۱) اختیارات رئیس قوهٔ اجرائی دراجراء قوانین موضوعه فوق تصور است چه درقسمت تشکیلات وسازمانها درقوانین ایندوره کمتر نصی وجود داردوفقط صلاحیت اداری رئیس قوهٔ اجرائی است که کمبود نص را جبران می کند ، دستوراتی که بموجب صلاحیت اداری خود بمنظور اجراء قانون می دهدنظیر آئین نامه های اجرائی است وکلیهٔ این دستورات پس ازفوت وی قابل تغییر است وخود اوهم می تواندلدی الاقتضأ آنها را تغییر دهد .

وزراء

۵۲ ـ درابتداء عصر «دوره وسطی» ازتاریخ حقوق ایران درحکومت مرکزی وزراء متعددوجود نداشت بلکه یك وزیروجود داشت که غالبا مشاوررئیس حکومت

---

(۱) اختیارات رئیس حکومت عبارتست از :

الف ـ اجراء قوانین موضوعه

ب ـ دادرسی درامورمدنی و کیفری

ج ـ ولایت درامورحسبیه

د ـ برقرار نمودن سازمانهای اداری لازم وعزل ونصب قضات وکارمندان (اصل پنجم ازقانون اساسی از کتاب مستنبط)

محسوب می شد وممکن بود احیاناً نمایندهٔ مخصوص وی بوده باشد (۱)

۵۳ ـ ماهیت وزارت درابتداء ایندوره ازتاریخ حقوق ایران از حدود ماهیت «معاونت» خارج نمی شود (۲)

۵۴ ـ وزیرعضو مسئول نبود یعنی مسئولیت خاصی نداشت. باین معنی علی(ع) درعصرخلیفهٔ اول و دوم سمت وزارت داشت و در هنگام انتخاب وی بخلافت ابتداء استنکاف نموده ومی گفت : وزیرشما باشم بهتراست تا اینکه امیرشما باشم (وانالکم وزیراً خیرلکم منی امیراً)

۵۵ ـ عنوان وزیر در ایندوره انحصار به تشکیلات حکومت مرکزی نـدارد بلکه‌درحوزهٔ هریك ازتقسیمات کشوری‌هم ممکن بودوزیروجود داشته‌باشد چنانکه درمنشورحکومت مالك‌اشتر برمصر دستورداده‌شده است که وزیربد سابقه‌رادردستگاه اداری خود راه ندهد (۳)

۵۶ ـ دخالت وزیردراموجاری کشور در ابتداء این دوره ازتاریخ حقوق ما محدود بود ولی وضع باین منوال نگذشت وبعد ها دربار خلافت عباسی ودیگران وزراء متعدد را در کارها دخالت دادند ودست آنان در کارها هرچه بازتر گردیـد که برامکه نمونهٔ بارز این امرمحسوب می شوند . الماوردی مؤلف کتاب «الاحکام السلطانیه» ازدو نوع وزارت اسم می برد :

---

(۱) موسی(ع) ازخداوند می‌خواهد که برادرش‌را وزیرقراردهد چنانکه درقرآن آمده : واجعل لی وزیراً من اهلی هرون اخی

(۲) موازرت درلغت بمعنی معاونت استعمال شده‌است، مقصود ما استدلال لفظی نیست بلکه مطالعهٔ اسناد حقوقی صدراسلام نشان میدهد که ماهیت وزارت مصداقی ازمصادیق ماهیت «معاونت» بوده‌است. (رجوع شود بمطلب شماره ۵۵)

(۳) شروزرائك من كان للاشرار قبلك وزيراً... فلا يكونن لك بطانةوانت‌واجد منهم خيرالخلف... ممن لم يعاون ظالماً على ظلمه... اولئك اخف عليك مؤنة واحسن لك معونة... فاتخذ اولئك خاصة لخلواتك وحفلاتك

(نهج البلاغه)

الف ـ وزارت تنفیذ ـ که بموجب آن شخص وزیر احکام وفرامین خلیفه را به رعایا ووالیان ابلاغ می کند ودرحقیقت واسطه‌ای بیش نیست ولازم نیست که این وزیر دارای درجهٔ اجتهاد بوده و شرائط اسلام وحریت را دارا باشد (بعکس وزیر تفویض که باید واجد هرسه شرط باشد).

ب ـ وزارت تفویض که بموجب آن شخص وزیرمیتواند متصدی همهٔ عملیاتی که خلیفه صلاحیت آنها را دارد بشود جزسه کار:

یك ـ تعیین ولیعهد

دو ـ طلب استعفاء ازمقام خود ازملت

سه ـ عزل مستخدمینی راکه خلیفه استخدام کرده است.

اصل تعاون

۵۷ ـ این اصل که بتازگی دربعضی ازقوانین ملل منعکس شده‌است ازمفاخر حقوقی اسلام(۱) وایران (دردورهٔ وسطی) است قانون نه تنها رئیس حکومت را مکلف باجراء قوانین موضوعه نموده است بلکه برای اجراء قوانین مزبور:

اولا ـ مردم را مکلف بهمکاری باوی نموده است.

ثانیاً ـ مردم را مکلف ساخته که بر کارهای مجریان قانون وعمال ومامورین وی نظارت کنند.

این اصل که درصدراسلام مانند سایرقوانین، معمول به بود بزودی براثر فقدان رشد اجتماعی مردم متروك ماند و احیاناً وسیلهٔ سوء استنادهٔ حادثه جویان قرار گرفت واثری ازآن دردورهٔ سوم تاریخ حقوق ایران هم وجود ندارد.

---

(۱) اصل یازدهم قانون اساسی (ازکتاب مستنبط)

قسمت سوم

قوهٔ قضائیه

الف ـ رئیس قوهٔ قضائیه

ب ـ نوع محاکم

ج ـ اصل علنی بودن محاکم

رئیس قوهٔ قضائیه

۵۸ ـ رئیس حکومت رئیس قوهٔ قضائیه نیز هست (۱) حکام از طرف او برای منصب قضاءمعین می شوند قوهٔ قضائیه و قوهٔ مجریه بهیچوجه از یکدیگر جدا نیستند .

نوع محاکم

۵۹ ـ محاکم درابتداء دوره دوم ازتاریخ حقوق ما سه قسم است :

الف ـ داوری (حکمیت) که باید باذن رئیس حکومت تشکیل شود .

ب ـ محاکمی که قضات آن مسلمان هستند .

ج ـ محاکمی که قضات آن ذمی هستند وبدعاوی اهل ذمه رسیدگی میکنند (مطلب شماره ۳۱۹)

ولی تدریجاً محاکم عرفی به محاکم مزبور (که بعد ها محاکم شرعی نامیده شد) افزوده شد . وجود محاکم عرفی درعصر مغول وتیموریان وصفویه (که جزودورهٔ دوم تاریخ حقوق ما است) محرزومسلم است . بنابراین مفاد اصول ۷۱ ـ ۷۲ ـ ۷۳ متمم قانون اساسی نسبت بدورهٔ دوم تاریخ حقوق ایران چندان تازگی ندارد .

---

(۱) اتقوا الحکومة انما هی للامام العالم بالقضاء العادل بین المسلمین کنبی اووصی (حدیث) فلاوربك لایؤمنون حتی یحکموك فیما شجر بینهم... (قرآن مجید)

دراین‌دوره از تاریخ حقوق ما دادسرا ودادگاه بعنوان‌دوسازمان قضائی وجود نداشته‌است وهرحاکم محکمه درعین حال تمام وظائف دادستان راانجام‌می‌داده‌است احیاناً پاره‌ای از امورحسبی را محتسب ویا مأموران دیگرتصدی می کردند .

اصل علنی بودن محاکم

۶۰ ـ ازاین اصل که براساس حفظ حقوق مردم واحترام بـآنان بوجود آمده است اثری دردورهٔ دوم تاریخ حقوق ما دیده نشده است . تنها چیزی که وجود دارد این است که اخلاقاً بقاضی توصیه شده است که عده‌ای از مطلعین بقوانـین را بجلسهٔ محاکمه دعوت کند تا بمنظور اجراء محاکمهٔ درست ازنظر آنان استمداد شود .

فصل سوم

حقوق رئیس حکومت ـ حقوق مسلمانان ـ حقوق بیگانگان

قسمت اول ـ حقوق رئیس حکومت

قسمت دوم ـ حقوق مسلمانان

قسمت سوم ـ حقوق بیگانگان

قسمت اول

حقوق رئیس حکومت

الف - ریاست قوای سه گانه

ب - اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت

ج - استخدام مأمورین دولت

د - ادارهٔ اموال عمومی واراضی خراج

ه - تحصیل مالیاتها ومصرف آنها

و - اعلان جنگ وصلح

ز- فرماندهی کل قشون

ح - عقد معاهدات

ط - مخارج دستگاه رئیس حکومت

ریاست قوای سه گانه

۶۱ - هرچند که وضع قانون در حقوق ایندوره با خداوند است ولی بحسب ظاهر امرعهده‌دار قانون، پیغمبر(ص) است و پس از او جانشین اواست. توجه بوضع فوق و نیز توجه به «جواز استنباط کلی» (۱) کیفیت مخصوصی را در نظر مجسم میسازد که باید تصور مخصوص بخود داشته باشد. رئیس حکومت رئیس قوهٔ مجریه(۲) و رئیس قوهٔ قضائیه است.

اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت

۶۲ - درقسمت امور اداری وسازمانی نص قانون تقریباً وجود ندارد و چون رئیس حکومت مکلف باجراء قانون است (۳) ناچار صلاحیت دارد که درکلیهٔ امور اداری وسازمانی مقرراتی را معین نموده و طبق آن مقررات، قوانین موضوعه را به معرض اجراء بگذارد؛ باین ترتیب وی می تواند هرگونه مقررات برای استخدام مأموران حکومت تهیه کند، وهرقسم سازمان قضائی ومالی و نظامی وکشوری و بلدی برقرار سازد. اختیارات وی دراین مورد بی اندازه وسیع وقابل ملاحظه است و شامل تمام موارد سکوت نص قانون می شود. ازاین اختیارات وسیع وجود یك اصل حقوقی (درحقوق اداری ایندوره) احساس می شود که از آن به «اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت» تعبیر نمودیم (۴)

---

(۱) مطلب شماره ۳۴

(۲) رجوع شود به فقرهٔ الف ازاصل پنجم قانون اساسی وشرح آن (از کتاب مستنبط)

(۳) والحافظون لحدودالله (قرآن مجید). مقصود ازحفظ حدود خدا حفظ مقررات قانونی است که دراجراء محقق میشود.

(٤) بشرح اصل پنجم قانون اساسی (از کتاب مستنبط) مراجعه شود.

نکته - تصور کامل مراتب فوق وجود سازمانهای اداری (بمعنی اعم کامه)عصر عباسیان و اعصار دیگر را توجیه می کند زیرا اصل مزبورمجال پیدایش سازمانهای مذکوررا می داد.

استخدام مأمورین دولت

۶۳ - همانطور که در مطلب شماره ۶۲ بیان شد اساساً استخدام ماموران حکومت و نیز تهیهٔ مقررات استخدام جزواختیارات رئیس حکومت است وی می توانست برای سراسر قلمرو کشورقضات معین کند ، ونیز می توانست بمنظور اجراء «قوانین جنك» نظامیان را استخدام نمایدوسازمانهای نظامی بوجود آورد ، وهمچنین برای اجراء «قوانین مالی» سازمانهای لازم تهیه نموه ومستخدمین کافی را بخدمت دعوت کند. وبالاخره چیزی که باید بطورکلی درمد نظر داشت اختیارات وسیع وی درامور استخدامی است.

ادارهٔ اموال عمومی واراضی خراج

۶۴ - اموال عمومی ازقبیل موقوفات عام و نیز نگهداری اراضی خراج وطرز بهره برداری ازاین اراضی ومصرف عوائد آنها در کارهای عام‌المنفعه دراختیاررئیس حکومت است. نگهداری اراضی خراج مستلزم تشکیلات وسیع ، وابوابجمعی آن بی اندازه قابل ملاحظه بوده است.

تحصیل مالیاتها ومصرف آنها

۶۵ - خمس وزکوة طبق مقررات مخصوصی‌ازمردم گرفته می‌شد وبرای‌وصول این عوائد ماموران حکومت گماشته بودند. تصدی این کاراساساً بارئیس حکومت بوده است. هرچندکه نص قانون مورد مصرف این عوائد را بیان کرده است ولی معذلك تعیین جزئیات امربنظروی بستگی داشت ، مخصوصاً زکوة که‌یکی‌ازمصارف آن امور عام المنفعه است وتشخیص امور عام المنفعه و نیازمندیهای مردم بحسب

مقتضیات زمان ومکان واوضاع واحوال بعهدهٔ او بوده است .

٦٦ ـ نکته ـ غنائم جنك جزو هیچیك از اموال مورد بحث در مطالب شماره ٦٤ ـ ٦٥ نیست ولی تقسیم آن ازاختیارات رئیس حکومت یا قائم مقام قانونی (١) او بوده است . این غنائم اساساً متعلق بشرکت کنندگان درجنك بوده جز مواردی که قانون مستثنی می کرد (٢)

اعلان جنك وصلح

٦٧ ـ اعلان جنك وصلح در صلاحیت رئیس حکومت بوده است . این قسم اعلان جنك ، مختص جنگهای دفاعی وجنك باشورشیان داخلی بود ولی درجنگهای تهاجمی بموجب نص قانون (٣) بین دولت اسلامی وسایر دول حالت جنك وجود داشت مگراینکه دولت اسلامی بایك یا چند دولت ، عقد صلح منعقد کرده باشد .

فرماندهی کل قشون

٦٨ ـ درجنگهای تهاجمی فرماندهی کل قشون با پیغمبر و امام (ع) بود ولی درجنگهای دفاعی وجنك با شورشیان داخلی درهرعصری رئیس‌حکومت‌فرماندهی کل قشون را به عهده داشت . داشتن این سمت ازنتایج داشتن سمت ریاست قوهٔ مجریه است .

عقد معاهدات

٦٩ ـ عقد معاهدات دراختیار رئیس حکومت است این معاهدات عبارت است از:

٧٠ ـ اول ـ عقد ذمه ـ وآن عقدی است که بین رئیس حکومت یا نمایندهٔ قانونی او با اجانب متدین بادیان یهود ، مسیحیت ، زرتشت منعقد می شد وحقوق

---

(١) مادهٔ ٥٣ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

(٢) مادهٔ ١٠ قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)

(٣) مادهٔ اول قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

و تکالیفی برای آنان ایجاد می کرد (۱): تقد ذمه یک پیمان صلح دائمی است .

۷۱ ـ دوم ـ مهادنه (یاقرارداد صلح موقت) و آن قرارداد موقت صلح است که رئیس حکومت (یانمایندهٔ قانونی او) بااجانبی (اعم ازاهل کتاب وغیراهل کتاب) که بین آنان ودولت اسلام حالت جنگ حکمفرما بوده بسته می شد ، تعیین مدت دراین عقد ضروری بوده است . (۲)

۷۲ ـ سوم ـ عقد صلح بداوری ـ درجنگهای بین حکومت واجانب هرگاه طرف متخاصم آمادگی خودرا مبنی بربستن عقد صلح ازطریق حکمیت به دولت اسلامی (یافرمانده لشکرمسلمین که از طرف رئیس حکومت سمت فرماندهی یافته) اطلاع می‌داد با وجود اقتضأمصلحت ازراه داوری ، عقد صلح منعقد می‌شد (۳)

۷۳ ـ چهارم ـ عقود مزبورعقودی است که قانون از آنها بنحوی اسم برده‌است ولی رئیس حکومت از آنجاکه‌ریاست قوهٔمجریه‌را دردست‌داشت درصورت اقتضاء مصلحت‌می توانست معاهدات‌دیگر(مانند معاهدات‌تجاری) برقرارکندوعمومات‌قانون چنین‌اجازه‌ای راباومی داد.

مخارج دستگاه رئیس حکومت

۷۴ ـ ریاست حکومت‌بالطبع مستلزم‌هزینه‌هائی است که آن‌هزینه‌ها برای کسی که‌شاغل آن‌مقام‌نیست پیش‌نمی آید(مقامات مشابه‌این‌مقام‌هم همین خاصیت را دارد)بهمین‌جهت نص‌قانون‌املاک وعوائدی‌رابمقام‌مزبوراختصاص داده است. املاک‌و اموال‌وعوائد مزبوردوقسم‌است :

اول ـ انفال(بفتح‌اول)

دوم ـ خمس

---

(۱) مادهٔ ۲۸ قانون‌حرب‌اسلام (از کتاب‌مستنبط)

(۲) » ۳۲ » » »

(۳) مادهٔ ۳٤ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

فصل چهارم

قوانین ومقررات مالی و نظامی

قسمت اول ـ قوانین ومقررات مالی

قسمت دوم ـ قوانین ومقررات نظامی

قسمت اول

قوانین و مقررات مالی

الف ـ عوائد عمومی

ب ـ زکوة

ج ـ خمس

د ـ عوائد زمین های خراجی

عوائد عمومی (۱)

۱۱۹ـ عوائد عمومی حکومت ازسه محل بدست می آمد : زکوة (یاصدقات) خمس ، عوائد زمین‌های خراجی.

چون مقام حکومت بستگی بعموم داشت می‌توان گفت آنچه ازاموال وعوائد

(۱) مقایسه شود بااصل ۹۴ ببعد متمم قانون اساسی

که قانون بآن مقام اختصاص داده (مطلب شمارهٔ ۷۴) درحقیقت قسمت اعظم آن بطور غیر مستقیم صرف مصارف عمومی می‌شد و می‌توان آنها را بطور غیر مستقیم یکی از عوائد عمومی شمرد.

۱۲۰ـ نکته ـ غنیمت جنگی بهیچوجه جزوعوائد عمومی نبوده است .

زکوة

۱۲۱ـ هریك از افراد ملت که واجد شرائط قانونی بودند مکلف بودند که بترتیب مقرر درقوانین موضوعه ازمال خود(۱) زکوة بدهند.

نکته ـ مطابق قانون مصرف این عایدی عبارت است از:

اول ـ تأمین معاش فقیر ومسکین یعنی کسی که از عهدهٔ تأمین هزینهٔ یکسال خود برنمی آید ، داشتن خانهٔ مسکونی و خادم و وسیلهٔ ایاب و ذهاب شخصی (که برای استفادهٔ خود شخص بکارمی‌رود) با عنوان «فقر» مانعة الجمع نیست!

۱۲۲ـ دوم ـ حقوق مأمورین وصول زکوة ومأمورین پرداخت آن (به فقراء ومساکین طبق شرائطی که قانون معین نموده است) را میتوان از این محل‌داد . این مأمورین را «عاملین برزکوة» و «عاملین صدقات»نامند .

درصورتی که مأموران مزبورشغل رسمی نداشته باشند قانوناً استحقاق اخذ اجرت عمل خود را از محل عایدی زکوة دارا می باشند مگر اینکه بمیل خود از گرفتن اجرت خودداری کنند.

۱۲۳ـ سوم ـ مؤلفة قلوب (دل بدست آمدگان یا سمپاتی) ـ برای پاره ای ملاحظات سیاسی یا نظامی ازمحل عایدی زکوة برای جلب تمایل بیگانگان (کفار)

---

(۱) این مال عبارت است ازشتر، گاو، گوسفند، طلاونقره، گندم، جو، خرما، کشمش بنظرجمعی ازفقهاتمام میوجاتی که قابل‌ذخیره وانبار کردن‌است (مانند گردو وفندق و غیره) جزواین اموال محسوب است.

وغیر بیگانگان بآنان می‌توان داد (۱) .

۱۲٤ـ چهارم ـ برای آزاد کردن بندگان ازمحل مزبورمی‌توان استفاده‌نمود. پنجم ـ کسانی که از تأدیهٔ دیون خود عاجز باشند از محل عایدی زکوة استفاده خواهندنمود .

۱۲۵ـششم ـ برای اعادهٔ مسافرینی که بعلت حوادث غیرمترقبه تمکن ندارند که به‌محل‌خود مراجعه‌کنندازمحل مزبوربآنان کمك می‌شود. هفتم ـ درکلیهٔ اموعام‌المنفعه صرف‌عایدی مزبورمجازاست.

خمس

۱۲٦ـ یك پنجم اموال وعوائد مذکور در مطلب شمارهٔ ۷۸ نصف می‌شود که یك دهم آن صرف ایتام و مساکین و مسافرین مذکور در مطلب شمارهٔ ۱۲۵ بشرط اینکه سید باشند می‌شود (۲)

عوائد زمینهای خراج

۱۲۷ـ اراضی آباد دشمن که از راه اعمال نیروهای مسلح مملکتی (بدستور رئیس حکومت) بچنك آمده باشد پس ازاخراج خمس متعلق‌بعموم ملت است‌بطوری که عین زمین غیرقابل انتقال است وبهرهٔ آن صرف نیازمندیهای عمومی‌ملت شود (۳)

قسمت دوم

قوانین ومقررات نظامی

الف ـ تأسیس ارتش

---

(۱) عروة‌الوثقی ـ صفحهٔ ۳٥٤

(۲) » » ۳۸۵

(۳) ماده ۱٤ ببعد قوانین مالی (از کتاب مستنبط)

ب ـ شرائط شرکت کنندگان درجنگ

ج ـ مقررات مختلف

تأسیس ارتش

۱۲۸ـ درقوانین موضوعهٔ این دوره نص قطعی که اجازهٔ تأسیس ارتش (یعنی سپاه ثابت ازافرادی که شغلشان نظامی گری باشد) دیده نشده است ولی‌چون رئیس حکومت رئیس قوهٔ مجریه است هر گاه بمنظور اجراء قوانین موضوعه تأسیس ارتش را مصلحت می‌دید می‌توانست (۱) سپاه ثابت بوجود آورد (مطلب شمارهٔ ۶۲).

درتألیفات فقهی ازسپاه ثابت بنام مرصد (بضم میم و کسرصاد) وازسپاه موقتی (که ازافراد تعلیم ندیده وغیرموظف که شغلشان نظامی گری نیست تشکیل می‌شود) بنام «مطوعة» اسم برده شده است (رجوع شود بتألیفات علامهٔ حلی و کتاب الاحکام السلطانیه تألیف قاضی ابی‌یعلی).

۱۲۹ـ آنچه مسلم است این است که در اوائل دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما حکومت، سپاه ثابت نداشته‌است واولیاء اموربانفوذی که درقبائل داشتند افراد عادی راکه‌ورزیده‌واهل کارزار بودندبرای‌جنگ دعوت‌می کردند. هرچند که‌افرادواجدشرائط جنگ قانوناً مکلف بشرکت درجنگ بودند ولی برای اجرای این قانون در صورتی که تعداد متخلفین زیاد بودند فرس ماثراعمال نمی‌شد. عکس‌العمل تخلف این‌دسته از متخلفین بصورت نصیحت و اخلاق ظاهر می گردید (۲) و گاهی که امکانات اجازه می‌داد ومتخلفین معدود بودند تعزیر می‌شدند (۳)

---

(۱) ماده ۲۳۲ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) یاایهاالذین آمنو مالکم اذاقیل لکم انفروا فی‌سبیل‌الله اثاقلتم الی‌الارض، ارضیتم بالحیاة الدنیا من‌الاخرة فمامتاع الحیاة الدنیافی‌الاخرة الاقلیل.

(آیهٔ ۳۸ ـ سوره توبه)

(۳) لقدتاب‌الله . . علی‌الثلاثة الذین خلفوا حتی اذا ضاقت علیهم‌الارض بمارحبت وضاقت علیم انفسهم، وظنوا ان‌لاملجأ من‌الله الاالیه، ثم‌تاب علیهم ...

(آیات ۱۱۷ ـ ۱۱۸ سوره توبه)

۱۳۰ـ تبصره ـ سپاهیان موقّت دودسته بودند ؛

اول ـ سپاهیان غیر مزدور که از افراد مسلمان واجد شرائط جنك تشكیل می‌شد وقانوناً مكلف بشركت درجنك بودند.

دوم ـ سپاهیان مزدور كه خود دوصنف بودند :

الف ـ سپاهیانی که بخرج سربازان (یعنی سپاهیان غیر مزدور) اجیر می‌شدند ، ونیز کسانی که نمی خواستند بجنك بروند آنان را اجیر نموده و بجای خود بجنك می‌فرستادند .

ب ـ دسته ای که حکومت وقت آنها را اجیر می نمود مانند « مؤلفة قلوب » که مسلمان نبودند (رجوع شود بمطلب شمارهٔ ۱۲۳) . رویهمرفته سپاهیان مزدور در درجهٔ دوم اهمیت قرارداشتند.

شرایط شرکت کنندگان درجنك

۱۳۱ـ افرادی که درجنك شركت می کردند ازمیان واجدین شرائط ذیل(۱) انتخاب می‌شدند:

الف ـ بالغ

ب ـ عاقل

ج ـ مرد

د ـ سلامت مزاج

ه ـ وجودوسائل حرکت بجبههٔ جنك واسلحهٔ جنك (خواه بهزینهٔ شخصی‌وخواه بهزینهٔ دولت)

و ـ حریت (غلامان معاف ازجنك بودند)

(۱) ماده ۳ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

۱۳۲ـ الف ـ قبول مناصب نظامی در ارتش دول بیگانه وحکومتهای غیرقانونی جرم بود (۱).

ب ـ تخلف ازفرمان بسیج جنك جرم بوده ومجازات آن تعزیر بوده است (۲).

ج ـ فرار ازجنك جرم بوده ومجازات آن تعزیر بوده است (۳).

---

(۱) ماده ۶ قانون حرب (از کتاب مستنبط)
(۲) ماده ۱۸ » » » »
(۳) ماده ۱۷ » » » »

مبحث دوم

حقوق اداری

مقدمه وطرح

فصل اول ـ حقوق اداری درابتداء ظهورواستقرار اسلام

فصل دوم ـ حقوق اداری درعصر بنی‌عباس

فصل سوم ـ حقوق اداری درعصر مغول و تیموریان

فصل چهارم ـ حقوق اداری درعصر صفویه

حقوق اداری (۱)

مقدمه و طرح

۱۳۳ - برای بررسی این قسمت از تاریخ حقوق رعایت نکات ذیل لازم است:
الف- مقررات اداری و سازمانی که درحقیقت آلت اجراء سایر قوانین موضوعه است بالطبع باید خود را با زمان و مکان و اوضاع و احوال هرچه بیشتر وفق دهد بهمین جهت این قسمت از حقوق نسبت بتغییرات اوضاع و احوال ، زیاد حساسیت نشان می‌دهد ، و شاید بهمین نظر بوده که مقنن این دوره در حقوق اداری بذکر پاره‌ای از اصول بسیار کلی اکتفا کرده و برای رئیس حکومت اختیارات وسیعی مقرر داشته است تا هر طور که صلاح بداند سازمانهای اداری تشکیل بدهد و مقررات متناسب را تهیه کند.

۱۳۴ - ب- سکوت نص قانون درامور مربوط بحقوق اداری دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما بسیار قابل ملاحظه است، وسعت میدان سکوت طبعاً بپاره‌ای از زمامداران آن روزگار اجازهٔ اظهار نظر بیشتری رامی داده است ولااقل مانع خود مختاری عده‌ای از آنان نبوده است بهمین جهت بنی عباس در برقرار کردن سازمانهای اداری و تهیهٔ مقررات لازم بی‌دغدغه وتشویش گام برمی‌داشتند وحتی گاهی از اصول قوانین موضوعه هم تجاوز می کردند مثلاشخص غیرمسلمان رابمقام وزارت می‌رساندند (۲) سلاطین مغول و تیموری وصفوی درمقررات اداری پابند اصول قوانین موضوعه نبوده و بدلخواه خود آن مقررات راوضع می کردند .

---

(۱) Droit administratif وآن بخشی است از حقوق عمومی داخلی که از تشکیلات ووظائف ادارات عمومی و روابط آنها بـاافراد از نظر مصالح عمومی بحث می کند .

(۲) مسلمان بودن وزیر درقانون اساسی شرط شده است (اصل ۵۸ متمم قانون اساسی) رجوع شود بمطلب شماره ۵۶

۱۳۵ - ج - سکوت مزبور باتوجه بجریان فوق این نتیجه‌را بوجود آورد که: درطی دورهٔ‌دوم از تاریخ حقوق‌ما تنهارشته‌ای ازرشته های حقوق که بیشتراز همه دچار تحولات شد رشتهٔ حقوق اداری بوده است، باتوجه باین‌نکته باید معترف بود که:

اولا- مطالعهٔ تحولات حقوق اداری دورهٔ‌دوم از تاریخ حقوق‌ما که تقریباً سیزده قرن‌طول کشیده مستلزم صرف‌وقت زیادتر وتألیفات جداگانه است وحق مطلب دراین مختصر که ازتاریخ همهٔ‌رشته های‌حقوق بحث‌می کند ادأ نخواهد شد.

ثانیاً- برای اطلاع‌دانشجویان این‌رشته ازحقوق،مطالعهٔ همهٔ‌دقایق ونکات ضرورت ندارد چه‌کتاب درس مفتاح مطالعه است، بنابراین درحدود ارائهٔ طریق مطالعه، تذکر اصول تحولات حقوق‌اداری مناسب است.

۱۳۶ -د- بعلت‌فقدان بیش‌ازحد نصوص‌دراین‌رشته‌ازحقوق، دراکثر‌تألیفات‌مؤلفان سلف‌مبحث‌مخصوصی درزمینهٔ‌حقوق‌اداری‌فراهم نیامده‌است،مثل‌اینکه گذشتگان‌ماضبط‌این قسمت‌از مسائل‌حقوقی رازائد تشخیص می‌دادند ، شایداین پیش‌آمد ازاین فکر قدیمی سرچشمه گرفته که: علم‌از کلیات ومسائل ثابت بحث میکند وجزئیات ومسائل متغیر قابلیت‌آنرا ندارد که مورد بحث‌واقع شود! وچون مسائل مربوط بحقوق اداری زیادتر ازسائر مسائل حقوقی درمعرض تغییر وتحول است برای‌آنها اهمیت‌ضبط وتدوین قائل نبودند. درهرحال باتوجه بمراتب‌فوق باین‌نتیجه‌میرسیم که منابع‌ومآخذ لازم برای کشف تحولات‌حقوق اداری دوره‌دوم ناقص‌است واین یکی‌از موانع بررسی‌درتحولات‌حقوق اداری این‌دوره است.

۱۳۷ - هـ - مقررات حقوق‌اداری دردورهٔ دوم‌غالباً ناشی‌از خودمختاری اشخاص مستبداست که هر آن‌رأی آنهادستخوش هوی‌وهوس بوده‌است، بهمین‌جهت تغییرات بدون قاعده وبی‌رویه ودستورات ضدونقیض دراین مقررات بقدری زیاد است که نباید توقع داشت که مطالعهٔ آنها بحد کامل ثمر بخش باشد. باتوجه باین مراتب، مشکل دوم مطالعات حقوق‌اداری این‌دوره رابابد بخاطر سپرد.

۱۳۸ - و - منابع موجود حقوق اداری این‌دوره دودسته است:

اول - دسته‌ای ازتألیفات که نویسندگان آنها حقوقدان واحیاناً شاغل‌شغل رسمی بوده‌اند این‌منابع دردرجهٔ اول اهمیت قراردارد. ازاین‌قبیل است «الاحکام‌السلطانیه» تألیف قاضی ابی‌یعلی حنبلی که خودقاضی دارالخلافهٔ بغدادبوده است. درعین حال باید متوجه بود که درهمین تألیفات‌هم مباحث‌علمی محض، بامطالب عملی ومسائل موجود در خارج مخلوط‌شده وکارمطالعه رادشوار ساخته است.

دوم - دسته‌ای از تألیفات که اشخاص غیر حقوقی نوشته‌اند و بعلت عدم صلاحیت علمی مسائل حقوقی را سروته شکسته ضبط کرده‌اند و اعتماد زیاد باین مآخذ چندان شایسته نیست.

۱۳۹ - ژ - باتوجه بمراتب فوق بررسی تاریخ تحول حقوق اداری دورهٔ دوم در اطراف چهار مطلب ذیل است که هریك از آنها نقطهٔ عطفی در حقوق اداری این دوره است:

یك - حقوق اداری درابتداء ظهور واستقرار اسلام

دو - حقوق اداری درعصر بنی عباس

سه - حقوق اداری درعصر مغول وتیموریان

چهار - حقوق اداری درعصر صفویه

مطالعهٔ حقوق اداری دراین چهارعصر ومقایسهٔ آنها بایکدیگر دورنمائی ازتحول تاریخ حقوق اداری این دوره رادر حدود نیاز مذکور در مطلب شماره ۱۳۵ مجسم خواهد ساخت.

فصل اول

حقوق اداری در ابتداء ظهور و استقرار اسلام

قسمت اول

اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت

اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت

۱۴۰ـ راجع باین اصل قبلا بتناسب مقام توضیحاتی داده شد که خلاصهٔ آن چنین است: برای ادارهٔ امور مردم و کشور قوانین موضوعهٔ ایندوره در حدود کلیات، متضمن مطالب است ولی جزئیات امر در قانون منصوص نیست نهایت اینکه بمقام

ریاست حکومت این حق داده شده که در مقام اجراء قوانین موضوعه هر ترتیبی را که صلاح میداند مقرردارد ؛ ازاین معنی به اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت تعبیر شد . واین اصل وپایهٔ حقوق اداری این دوره است. با اتکاء باصل مزبور یك حقوق اداری بوجود آمد که مدتها حاکم برزندگی قضائی مردم تمام قلمرو اسلام که ایران هم جزو آن بودشد ولی جای تأسف است که هنوز مشخصات کامل این حقوق اداری بدست نیامده و آنچه که برای اولین بار تحت اسلوب معین دراین کتاب مندرج است بطور غیر مستقیم از متفرقات کتب فقهی و غیرفقهی بدست آمده است بهمین جهت مطالعهٔ این قسمت برای طالبان فقه هم تازگی داشته وخالی ازسود نخواهدبود.

پیدایش حقوق عرفی

۱۴۱ـ اصطلاحات حقوق عرفی ، قانون عرفی ، محاکم عرفی در تاریخ حقوق ماسابقهٔ ممتد وطولانی دارد، آیا میتوان گفت اجراء اصل مذکور (درمطلب شمارهٔ ۱۴۰) زمینهٔ وجود چنین چیزهائی را فراهم ساخته است؟ بنظر می رسد که اصل مزبور عامل منحصر ایجاد چنین قانونی نبوده است ولی در پیدایش آن تأثیر بسزائی داشته است وعامل دوم(۱) پیدایش آن را باید درتمایل به کسب قدرت جستجو نمود از «اصل صلاحیت اداری» درابتداء امر فقط بمنظور اجراء قوانین موضوعه استفاده می شد ولی بعداً این اصل، هم وسیلهٔ اجراء قوانین موضوعه شد وهم مستمسك ارضاء تمایلات مزبور.

حقوق و قوانین عرفی بعنوان یك موجود قضائی برخوردار از ضمانت اجراء حتی درحکومت عباسیان هم دیده شده است تاچه رسد بحکومتهای دیگری که در نواحی مختلف ایران بوجود آمده است مانند حکومت سلاجقه و مغول وحکومت تیمور.

---

(۱) عوامل دیگری نیز وجود دارد کـه درمباحث آتیه بیان می شود مانند مطلب شماره ۲۱٤

عملاً قدرتها هیچوقت نمی توانند که مدت درازی درچهاردیوارقانون معینی زندگی کنند.

قسمت دوم

استخدام و مقررات آن

الف ـ استخدام ومقررات آن

ب ـ حقوق مستخدمین رسمی

ج ـ پاره‌ای ازمقررات استخدام درفقه شیعه

استخدام و مقررات آن (۱)

۱۴۲ـ هرچندکه دراین دوره از تاریخ حقوق ما بعنوان « قانون استخدام » چیزی وجود ندارد ولی از مطالعهٔ نصوص متفرق قوانین موضوعه چند اصل کلی و چند شرط ذیل که مربوط باستخدام است بدست می آید :

الف ـ استخدام نمودن ازحقوق شخص اول مملکت است وی مستقیماً یا بتوسط عمال خود اشخاص را برای انجام اموعمومی استخدام می کند (مطلب شمارهٔ۶۳)

ب ـ مستخدم دولت باید مسلمان باشد (۲)

ج ـ بلوغ وعقل شرط صحت استخدام است (۳)

---

(۱) دراصطلاحات سابق بجای استخدام «استعمال» وبجای خدمت رسمی «عمل» و بجای مستخدم رسمی «عامل» گفته می شد. استعمال بسیار محترمانه تر ازاستخدام است واصطلاح «استخدام» رکیک است.

(۲) مستفاد ازنص «الاسلام یعلوولا یعلی علیه شیئی» ونظائر آن

(۳) مستفاد از نصوصی که اعتبار حقوقی عمل صغاررانفی کرده‌است، مانندنص: «...لایجوز امره...» ونظائر آن

د ـ آشنائی بکاری که برای آن استخدام شده شرط استخدام است(۱)

هـ ـ رضایت شخصی که استخدام می‌شود شرط نیست ، یعنی استخدام هیچوقت بصورت «قرارداد استخدام» (۲) در نمی آید زیرا قانون در صورت احتیاج دستگاه حکومت، افراد را مکلف بقبول خدمت مورد نیازمی کند وبا وجود چنین تکلیف(۳) رضایت ازیکطرف وجود ندارد تاقرارداد صورت پذیرباشد.

حقوق مستخدمین رسمی

۱۴۳ـ ممکن است این فرض پیش آید که قبل از اینکه عملا تکلیف استخدام بعدهٔ معینی بشود و زمینهٔ رضایت آنها از بین برود بعضی بمیل خود حاضر بقبول خدمت رسمی شوند در اینصورت چون رضـایت ، وجود خارجی دارد مانعی برای تحقق قرارداداستخدام نیست.

بنظرمی‌رسد پس ازمطالعهٔ کیفیت حقوق و اجرت مستخدمین رسمی (مطلب شمارهٔ ۱۴٤) فرض مزبور برای تحقق قرارداد استخدام درحقوق دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما کافی نباشد :

۱٤٤ـ کیفیت حقوق واجرت مستخدمین‌رسمی- برای تحقق قرارداد استخدام باید عوض و معوضی‌را تصورنمود. عوض اجرت و حقوق است و معوض ، خدمت مستخدم (و دراینصورت عقد مزبوراز مصادیق عقد اجاره است) علیهذا این عقد از عقودمعاوضی است وتحقق ماهیت معاوضه ، شرط تحقق این قرار داد است . با توجه

---

(۱) مستفاد از نص هل یستوی الذین یعلمون والذین لایعلمون

(۲) در کتاب .« الاحکام السلطانیه » وزارت تفویض‌را که‌نوعی ازوزارت است «عقد»دانسته ولی دلیل این نظررا ذکر ننموده‌است.

(۳) این تکلیف در نص قانونی ذیل منعکس‌است:

فی الدعائم عن جعفر بن‌محمد(ع)انه قال: ولایة اهل العدل‌الذین امرالله بولایتهم وتولیتهم‌وقبولها.والعمل‌لهم‌فرض‌من الله ، وطاعتهم‌واجبة . ولایحل‌لمن‌امروه‌بالعمل لهم ان یتخلف من امرهم.

بمقدمهٔ فوق و با توجه بدو نکتهٔ ذیل ، ماهیت معاوضه دراین مورد وجود خارجی پیدا نخواهد کرد :

۱۴۵ـ الف ـ تأمین معاش متوسط هر فرد ملت (خواه مستخدم رسمی باشد خواه نه) بعهدهٔ متصدی قدرت عمومی است (مطلب شمارهٔ ۱۲۱) در اینصورت زائد است که متصدی قدرت عمومی برای احراء قانون ، قرارداد معاوضی استخدام را منعقد سازد

۱۴۶ـ ب ـ صرفنظر از نکتهٔ اول ، چون خدمت رسمی یك تکلیف قانونی است برای انجام تکلیف قانونی (ولواینکه شخص بمیل خود حاضر بانجام این تکلیف شود) نمی‌توان تقاضای اجرت وعوض نمود بلکه **مجری قانون مکلف است که برای تأمین قدرت مستخدم براجراء خدمت رسمی معاش اورا تأمین کند**؛ باوجود این نظر ماهیت معاوضه محقق نخواهد شد و قرارداد استخدام مأموران دولت درابتداء دورهٔ دوم وجود خارجی نداشته است.

پاره ای ازمقررات استخدام درفقه شیعه

۱۴۷ـ درفقه شیعه اصولی که فوقاً ذکر شد مورد قبول واقع شده است ولی یك شرط اضافه برشروط سابق درطی یك تفصیل تاریخی دیده شده است آن شرط این است که: فرد مسلمان حق استخدام درحکومتهای غیرقانونی(۱) ندارد مگر بموجب اذن شخصی(۲) شخص اول مذهب

راجع باستخدام قضات مشخصات بیشتری در نصوص قوانین موضوعه وجود دارد که درمبحث چهارم از کتاب اول مورد بررسی قرار گرفته است.

قسمت سوم

عناوین ومشاغل رسمی

الف ـ خلیفه (امام ـ امیرالمؤمنین)

---

(۱) رجوع شود بمطلب شماره ۲۳ ـ و بکتاب فرهنك حقوقی اصطلاح «جائر»
(۲) ماده ۱۲ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

ب ـ وزیر

ج ـ والی

د ـ سلطان

هـ ـ قاضی

و ـ عامل زکوة

ز ـ قاسم

ح ـ حاسب

۱۴۸ـ بعلت دردست نبودن مآخذ مربوط بحقوق اداری درابتداء ایندوره از تاریخ حقوق ما اطلاعات بسیار ناچیز از مشاغل رسمی و تشکیلات اداری دردست است :

خلیفه

۱۴۹ ـ این اصطلاح بشخص اول مملکت پس از وفات پیغمبر (ص) گفته می‌شد. درمطلب شمارهٔ ۶۱ ببعد راجع بحقوق وی صحبت شد. بجای اصطلاح بالا دو اصطلاح دیگروجودداشت : یکی امیرالمؤمنین ودیگری امام (۱)

وزیر

۱۵۰ ـ این عنوان درقرآن مجید وسایرنصوص قوانین موضوعهٔ اسلامی بکرات دیده شده است وپس ازخلیفه مهمترین سمت رسمی است . دراین عصر درحکومت مرکزی وزراء متعددوجودنداشت بلکه یک وزیربود که غالباً سمت مشاور رئیس حکومت راداشت . ماهیت وزارت درایندوره ازحدودماهیت معاونت خارج نمیشد، وی عضو مسئول نبود.

---

(۱) درحدیث نبوی چنین ذکرشده است : الائمة من قریش

درحوزهٔ هریك از تقسیمات بزرك کشور ممکن بود وزیر وجود داشته باشد، این قسم وزیر سمت مشاور و معاون « والی » را دارا بود (مطلب شمارهٔ ۵۲ ببعد) .

والی (۱)

۱۵۱ ـ این اصطلاح درحقوق اداری این زمان تا اندازه‌ای مبهم است ظاهرا والی شهر بحاکم شهر اطلاق می‌شد ، ووالی یك ناحیهٔ وسیعتر (که در آن ازمنه «اقلیم» می گفتند) حاکم آن ناحیه محسوب بود . معمولا والی نظم محل حکومت خود را حفظ نموده و مواظب حسن جریان قانون بود و امکان داشت صلاحیت قضائی را هم دارا باشد و کارقضائی را هم انجام دهد ، ونیز ممکن بود نگهداری ارتش وامور جنك ودفاع ناحیهٔ حکمرانی خود را بعهده داشته باشد بنا براین توضیحات مقام وی ممکن بود حاوی سمتهائی ازقبیل سمت فرماندار، شهردار، استاندار، دادرس، فرماندهی سپاه بوده باشد .

سلطان

۱۵۲ ـ ازمتون بسیاری از نصوص قانونی ایندوره استفاده می‌شود که «سلطان» یك اصطلاح حقوق اداری بوده وسمتی درحدود سمت والی داشته است و مانند او شغل قضاء راتصدی می‌نموده است ولی دقیقاً مدلول اصطلاحی آن دراستعمالات این زمان روشن نیست (مطب شماره ۲۱۸ مکرر)

قاضی

۱۵۳ ـ صلاحیت قاضی ومدلول اصطلاحی آن در ایندوره کاملا روشن است وی درمرافعات وامور کیفری بموجب قانون حکم داده وامور حسبی را هم تحت نظر

---

(۱) در لغت بمعنی صاحب اختیار است وولایت (بکسر واو) سمت رسمی و شغل دولتی را گویند .ولایت بکسر وفتح واو بمعنی شهر ها ونواحی قلمر و حکومت والی را گویند .

داشت (به مبحث چهارم از کتاب اول رجوع شود).

عامل زکوة

۱۵۴ ـ این اصطلاح درقرآن مجیدهم وجوددارد. عامل زکوة بشخصی گفته می‌شد که متصدی‌وصول زکوة (مطلب ۱۲۱) بوده است. این طبقه معمولا کارمندان مزدوردولت بوده‌اند، ولی گماشتن کارمندان رسمی حقوق‌بگیر (که اصطلاحاً آنان را «مسترزقة» می گفتند) باین کارمانعی نداشت.

قاسم

۱۵۵ ـ بشخصی گفته می‌شد که ازطرف حکومت درکارهای مربوط بتقسیم اموال‌مشاع اشتغال داشت.

حاسب

۱۵۶ ـ بکلیهٔ کارمندانی که درمحاسبات دخل وخرج مملکتی کارمی کردند این عنوان گفته میشد.

قسمت چهارم

تقسیمات کشور

الف ـ تقسیمات‌اداری

ب ـ تقسیمات نظامی

ج ـ تقسیمات سیاسی

د ـ منطقهٔ بیطرف

از تقسیمات ارضی قلمرو اسلامی بعلت فقدان و سکوت منابع مربوطه

چندان اطلاعی بدست نیست ، از متفرقات کتب مربوط بایندوره نکات ذیل استفاده شد :

تقسیمات اداری

۱۵۷ ـ ازنظر ادارهٔ امور قلمرو پهناور اسلامی اراضی مملکت بدوقسمت تقسیم می‌شد:

الف ـ بلد

ب ـ اقلیم

بلد نظیر شهرستان واقلیم نظیر استان بود.

تقسیمات نظامی

۱۵۸ ـ ازنظروضع نظامی نواحی مملکت بدوقسمت تقسیم می‌شد :

الف ـ ثغر (نواحی مرزی) یعنی نواحی مجاورکشورهای خارجی . والیان این نواحی معمولا صلاحیت نظامی نیز داشتند وحال اینکه سایر والیان ممکن بود این صلاحیت را نداشته باشند .

ب ـ نواحی غیرسرحدی

تقسیمات سیاسی

۱۵۹ ـ ازنظر سیاسی تمام خاک اسلامی را بسه قسمت (۱) تقسیم‌میکردند:

الف ـ حرم ـ وآن خاک مکه وقسمتی ازاطراف آن است که حدودش در کتب مربوطه ضبط است .

---

(۱) بعضی از مؤلفین تقسیم مزبور را دوگانه نموده خاک اسلامی را بدوقسمت ذیل تقسیم نموده‌اند :

الف ـ حرم

ب ـ حل (غیرازحرم)

ب ـ حجاز

ج ـ سایر قلمرو اسلامی

این تقسیم از نظر عبور و مرور و توقف و سکونت اتباع خارجه (ذمی ـ مستأمن ـ معاهد) مورد توجه است یعنی محدودیت و محرومیت‌هائی از نظرهای مزبور برای اتباع خارجه در قانون مقرر است .

منطقهٔ بیطرف

۱۶۰ ـ از نظر مقررات جنك نیز خاك کشور بدو منطقه تقسیم شده بود :

الف ـ منطقهٔ بیطرف که خاك مکه است (۱)

ب ـ منطقهٔ غیر بیطرف که سایر نواحی است .

تذکر ـ چون حقوق اداری متمم حقوق اساسی است بنا براین مندرجات مبحث اول از کتاب اول تا اندازه‌ای متضمن مقررات اداری خواهد بود .

---

(۱) مادهٔ ۱۰ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

فصل دوم

حقوق اداری عصر بنی عباس

قسمت اول ـ مقدمه و اصطلاحات

قسمت دوم ـ وزارت واقسام آن

قسمت سوم ـ امارت و اقسام آن

قسمت چهارم ـ ولایت مظالم

قسمت پنجم ـ نقابت

قسمت ششم ـ مصدقین وامامت جماعت

قسمت هفتم ـ دیوان و دوائر حسابداری

قسمت هشتم ـ محتسب (بکسر سین)

قسمت اول

مقدمه و اصطلاحات

الف ـ مقدمه

ب ـ عمل ـ عمل عام ـ عمل خاص ـ عامل ـ استعمال

ج ـ والی ـ ولایت

د ـ طبقه بندی مشاغل رسمی درعصر عباسیان

مقدمه

۱۶۱ ـ همانطور که از تشکیلات وحقوق اداری اوائل (یعنی عصر خلفـا) دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما اطلاعات کافی بدست نیست از تشکیلات وحقوق اداری عصر امویان نیز تاکنون چیزی بدست نیامد ولی از سازمانها وحقوق اداری عصر عباسیان دو اثر نفیس که هردو بنام «الاحکام السلطانیه» نامیده شده و مؤلفان آنها معاصر یکدیگر بوده اند بجامانده است که یکی از آنها معروف ودیگری مجهول مانده است نویسندهٔ کتاب اخیر در بغداد قاضی بوده واحاطهٔ او بعلم حقوق از کتابش بخوبی هویدا است (۱) بعید نیست که قسمتی از تشکیلات مزبور درعصر امویان هم وجود داشته است. در هرحال این تشکیلات شگفت آور واز هرجهت قابل ملاحظه است ، و اگـر اسناد تاریخی ، حقوق اداری ایران دورهٔ قبل ازاسلام را برما کاملا ظاهر می ساخت معلوم می شد که عباسیان تا چه اندازه از فکر فرزندان این آب وخاک درتهیهٔ سازمانهای اداری استفاده برده اند واز اتصال حوادث مجهول تاریخ حقوق ، زنجیر قابل ملاحظه ای درنظر مجسم می شد .

۱۶۲ ـ نکته ـ درحقوق اداری این عصر هم تقسیم قلمرو اسلامی از نظـر اداری عینا همان است که در اوائل اسلام وجود داشته است (مطلب شمـارهٔ ۱۵۷) یعنی کوچکترین این تقسیمات « شهر » (بلد) و بزرگترین آن اقلیم است، بنظر میرسد شعر معروف نظامی ناظر بهمین معنی باشد :

ای بسا کور دل که از تعلیم گشت اقضی القضات هفت اقلیم

عنوان « اقلیم » حتی پس از عصر عباسیان هـم در حقوق اداری ایـران باقی مانـد

---

(۱) تنها نقص این دو کتاب آن است که مقدار زیادی مباحث تئوریک را با مطلب عملی وموجود مخلوط نموده اند .

چنانکه مؤلف تاریخ غازانی می‌نویسد : «نوروز سی سال تمام در وسط ممالك ایران و بیضهٔ دیار خراسان بنازونعیم ... در دولت خانان مغول زندگانی کرده و.. حل وعقد اقلیم ثالث ورابع در قبضهٔ اقتدار پدرش ارغون آقا بود....»

عمل ـ عمل عام ـ عمل خاص ـ عامل ـ استعمال

۱۶۳ ـ « عمل » در اصطلاحات حقوق اداری ایندوره به محلی گفته می‌شود که منطقهٔ حکومت و یا تصدی یك عضو رسمی یا یك مامور دولت است ، مثلا کسیکه در یك شهر دادرس است آن شهر را اصطلاحاً « عمل » آن دادرس می گویند .

۱۶٤ ـ نکته ـ چون هر اقلیم شامل برچند شهر است و هر شهر یك عمل است و خود اقلیم هم رویهمرفته یك عمل محسوب است در اینصورت اقلیم را « عمل عام » و شهر را « عمل خاص» گویند . بنا براین قیاس ، اقلیم نسبت به مملکت (کشور) عمل خاص است ومملکت نسبت به اقلیم ، عمل عام است .

۱۶۵ ـ تبصره ـ آنچه از آبادیهای حومه که تابع شهر است اصطلاحاً (اعمال بلد) نامیده می‌شود ، مثلا وقتی که گفته میشود (اعمال طهران) ، مقصود حومهٔ طهران است که از جهت اداری تابع طهران محسوب است .

۱۶۶ ـ استعمال ـ دراصطلاحات حقوق اداری ایندوره بمعنی استخدام است مستخدم رسمی را « عامل » گویندو جمع آن عمال وعاملین است .

والی ـ ولایت

۱۶۷ ـ والی درلغت بمعنی « صاحب اختیار » است مثلامالك مال ، والی برمال خود می باشد. دراصطلاحات حقوق اداری والی بکسی گفته می‌شود که ادارهٔ امور یك یا چند ناحیه را از نظر حکمرانی در اختیار داشته باشد .حاکم شهر را « والی بلد » وحاکم اقلیم را « والی اقلیم » می گفتند . (جمع این کلمه «ولات » بضم واواست)

ولایت (بفتح و کسر واو) محلهائی است که تحت تسلط والی است .ولایت (بکسر واو) بمعنی سمت رسمی و شغل دولتی است مانند « ولایت قضاء» یعنی شغل رسمی که به دادرس داده شده است ، و«ولایت جنگ » یعنی فرماندهی سپاه در همین اصطلاح وقتی که می گویند « ولایت امام » ، مقصود مشاغلی است که امام بمأموران حکومت خود تفویض می کند (مطلب ۱۷۱ را ملاحظه نمائید)

طبقه بندی مشاغل رسمی درعصر عباسیان

۱۶۸ ـ مشاغل رسمی ایندوره به چهار طبقه تقسیم شده است :

الف ـ شغل عام در ناحیهٔ وسیع ـ که آن ناحیه شامل چند « عمل » است مانند شغل وزارت ، وزیر در تمام امور کشوری ولشکری وقضائی ومالی وفرهنگی دخالت می کند .بهمین جهت شغلش عام است . وحوزهٔ صلاحیت او تمام کشور است و کشور شامل چندین عمل (مطلب ۱۶۳)است .

ب ـ شغل عام درناحیهٔ کم وست ـ مانند شغل امارت اقلیم . وسعت اقلیم از وسعت کشور کمتر است ولی امیر اقلیم در اقلیم خود شغل عام دارد یعنی در امور کشوری و لشکری وقضائی ومالی وفرهنگی دخالت می کند .

ج ـ شغل خاص درناحیهٔ وسیع ـ مانند سمت قاضی القضات که ناظر بدستگاه قضائی کشور است .

د ـ شغل خاص در ناحیهٔ کم وسعت ـ مانند دادرسی در شهر معین یا در اقلیم معین .

نکته ـ دراین طبقه بندی سلسله مراتب(۱) اداری بخوبی ملاحظه می شود .

---

(۱) Hiérarchie

قسمت دوم

وزارت و اقسام آن

الف ـ اقسام وزارت

ب ـ شرائطوزیر تفویض

ج ـ صلاحیت وزیر تفویض

د ـ شرائط وزیر تنفیذ

ه ـ صلاحیت وزیر تنفیذ

اقسام وزارت

۱۶۹ ـ درعصر عباسیان(برخلاف زمان پیش از آن) وزارت بدونوع مشخص تقسیم شده است :

اول ـ وزارت تفویض که‌ازهر جهت مهمتر ازنوع دوم‌است .

دوم ـ وزارت تنفیذ

نکته ـ دراین زمان کارمندان دولت (عمال) هم بدو صنف تقسیم‌می‌شدند :

اول ـ عمال تفویض

دوم ـ عمال تنفیذ

توضیح هریك ازاین دونوع پس ازاداء توضیحات مربوط به‌دو نوع‌وزارت بدست می‌آید (مطلب ۱۷۴)

شرائط وزیر تفویض

۱۷۰ ـ وزیرتفویض دارای جمیع شرائطی است که‌رئیس حکومت‌دارااست و نمایندهٔ او درجمیع اموری است که درصلاحیتش قرار دارد .وزیر تفویض باید مسلمان و دارای شرائط تصدی شغل قضاء (مطلب شماره ۳۲۷) بوده ودر امور

مالی کشور و امور نظامی اطلاعات کافی داشته باشد .

صلاحیت وزیر تفویض

۱۷۱ــ صلاحیت محلی ـ از این نظر صلاحیت او نسبت بتمام قلمرو کشور است

نکته ـ عضو رسمی که در قسمتی از کشور، متصدی شغل رسمی بود (اعم از اینکه دارای « عمل عام » بود یا «عمل خاص » اصطلاحاً « والی » خوانده می شد . (این معنی اعم ازمعنی مذکور درمطلب ۱۶۷ می باشد، وهر وقت والی بطور مطلق گفته شود همان معنی سابق مورد نظر است) فرقی نداشت که شغل رسمی وی نظامی یا قضائی یا مالی بوده باشد یا نه. علیهذا امارت هم نوعی از ولایت بوده است و امیر یکنوع والی محسوب می شد ، بعکس وزیر که عنوان والی باو داده نمی شد زیرا صلاحیت محلی او شامل تمام کشور بود نه قسمتی از کشور . وهم چنین والی بکسی گفته می شد که متصدی عمل خاص بود . ولی اصطلاح والی بطور مطلق منصرف بمعنی مذکور در مطلب ۱۶۷ بود.

صلاحیت ذاتی ـ از این نظر در تمام شئون کشور دخالت داشت و صلاحیت او عینا صلاحیت رئیس حکومت بود جز سه مورد ذیل :

الف ـ تعیین ولیعهد که از مختصات رئیس حکومت بود .

ب ـ رئیس حکومت می توانست (در فقه عامه) از امت ، استعفأ از مقام خودرا بخواهد ولی وزیر تفویض فقط می توانست استعفأ از مقام خودرا از رئیس حکومت بخواهد .

ج ـ کسانی را که رئیس حکومت شخصاً استخدام می نمود وزیر تفویض نمیتوانست بنظر خود آنان را معزول کند ولی رئیس حکومت می توانست هریك ازمأموران دولت را از شغلش منفصل نماید .

وزیر تفویض مکلف بود تصمیمات خودرا بنظر شخص اول مملکت برساند تا آنچه را که او تصویب کند بمعرض اجراء بگذارد جز تصمیمات قضائی وزیر که

خود بخود اعتبار داشت .

شرائط وزیر تنفیذ

۱۷۲ ـ وزیر تنفیذ در حقیقت مأمور فوق‌العاده ومخصوص رئیس حکومت بود .وی می‌بایست لیاقت وشایستگی مقام مزبوررا داشته باشدولی بنظر مؤلفان حقوق عامه‌لازم نبودکه او مسلمان بوده باشد (مثلا ممکن بود ذمی ، مستأمن ، معاهد باشد) ونیز لازم نبود که شرائط قضارا داشته باشد .

صلاحیت وزیر تنفیذ

۱۷۳ـ صلاحیت محلی وی مانند صلاحیت وزیر تفویض بود.صلاحیت ذاتی‌او مربوط بامور ذیل بوده است :

الف ـ ابلاغ اوامر رئیس حکومت بسایر مأموران دولت یا بمردم.

ب ـ اجراء احکام‌ودستورات وی

ج ـ ابلاغ سمت صاحبان مشاغل دولتی که ازطرف ریاست حکومت تلقی‌شغل می‌نمودند .

د ـ ابلاغ فرامین نظامی بمأموران

ه ، ارائهٔ‌گزارشها و شکایات‌رسیده از طرف ادارات و مردم برئیس حکومت. وزیر تنفیذ حق نداشت‌کسی را استخدام کند وسمت قضائی نداشته و در امورمالی ونظامی کشور مداخله نمیکرد .

۱۷۴ ـ وزیر تنفیذ بارزترین‌عمال‌تنفیذ بود،درهر اقلیم وشهری تحت نظر والیان ، (اعم از قضات وفرماندهان نظامی وغیره) عمال تنفیذ انجام وظیفه میکردند و صلاحیت آنان محدودتر از صلاحیت وزیر تنفیذ بوده است.

قسمت سوم

امارت و اقسام آن

الف ـ اقسام امارت

ب ـ امارت عامه

ج ـ امارت خاصه

د ـ امارت جهاد

اقسام امارت

۱۷۵ ـ مهمترین مقام اداری پس از وزارت، امارت بود. امارت بحسب مقدار شمول صلاحیت ذاتی آن بدو قسم تقسیم می‌شد:

الف ـ امارت عامه

ب ـ امارت خاصه

امارت بحسب صلاحیت محلی بدوقسم تقسیم می‌شد:

الف ـ امارت اقلیم

ب ـ امارت بلد

(توضیح دو قسم اخیر در مطلب ۱۶۲ بیان شد)

امارت عامه

۱۷۶ ـ مقام امارت (مطلقا) ممکن بود از طرف رئیس حکومت و یا از طرف وزیر تفویض بشخص امیر داده‌شود.

امیر در «امارت عامه» بایدواجد تمام شرائط «وزیر تفویض» بوده یعنی شرائط قضا رانیز بایدداشته باشد.

امور ذیل در صلاحیت ذاتی امیر مزبور بوده است:

الف ـ دادرسی
ب ـ نگهداری ارتش و مستقر نمودن آن در نقاط مناسب، و تعیین حقوق افراد نظامی.
ج ـ گرفتن خراج (از اراضی خراج) و زکات
د ـ اجراء کلیهٔ قوانین موضوعه درحوزهٔ ماموریت خود
هـ ـ استخدام مامورین درهنگام ضرورت بمنظور جریان دادن امور عمومی
و ـ در ولایات مرزی ، جهاد بصورت جنگ تعرضی با اذن قبلی رئیس حکومت بعهدهٔ او بوده است . وی در این صورت متصدی تقسیم غنائم نیز بود .
ز ـ اعزام حاجیان و ترتیب امور آنان .
ح ـ امامت جمعه و جماعت شخصاً یا بتوسط قائم مقام خود . این شغل در این دوره جزو مشاغل رسمی بود (مطلب شمارهٔ ۱۸۸)

امارت خاصه

۱۷۷ ـ وی همهٔ شرائط امیر (در امارت عامه) را داشت جز شرائط قضا ، زیرا وی سمت قضائی نداشت ، و نیز در جمع آوری خراج و زکات دخالت نمیکرد . امور ذیل در صلاحیت ذاتی او بوده است :

الف ـ فرماندهی سپاه
ب ـ اجراء احکام صادر شده از محاکم . درحق الناس اجراء حکم ، مشروط بتقاضای ذینفع بوده است ؛ درحق الله اجراء احکام صادرشده از محاکم مستقیماً در صلاحیت این امیر بوده است . باین ترتیب معلوم میشود که اجراء احکام محاکم ایندوره داخل در ابواب جمعی این امیر بوده است .
ج ـ ادارهٔ امور مردم از قبیل حفظ نظم و امنیت و عمران شهر یا ناحیهٔ مورد امارت، بعهدهٔ او بود . بنظر می‌رسد که از این جهت وی سمت محتسب را داشت (مطلب شمارهٔ ۲۰۱)

۱۷۸ ـ این امارت یك منصب نظامی بود ،وامیر جهاد نوعی از «امیرخاص» (مطلب شمارهٔ ۱۷۷) محسوب میشد و همان شرائطرا داشت .

امارت‌جهاددوقسم بوده‌است:

الف ـ نگهداری لشکر وصدور فرامین جنگ واداره امور جنگ

ب ـ علاوه برمراتب بالا حق بستن پیمان صلح وتقسیم غنائم را داشت .

قسمت چهارم

ولایت مظالم

۱۷۹ ـ مظالم جمع مظلمه (بکسر لام) چیزی است که بنا حق (بر خلاف قانون)گرفته شده باشد ودر این مورد مطلق تجاوز و تخلف‌را گویند . بنابراین « ولایت مظالم » یعنی شغل رسمی مربوط به‌رسیدگی به‌هر نوع تجاوز و تخلف که از اشخاص صادر میشود خواه از اعضاء دولت باشند خواه افراد عادی . کسی که شغل مزبوررا داشت « والی مظالم » نامیده میشد .

ولایت مظالم دوقسم‌بوده است :

الف ـ ولایت مظالم درپاره‌ای از تخلفات ـمثل‌اینکه‌برای جلوگیری ازتخلف‌از اجراء احکام محاکم‌ویاتعدیات‌در موردمالیات‌وغیره کسی‌رامنصوب‌نمایند ، این‌رااصطلاحاً «ولایت مظالم خاصه » می گفتند.مدعی‌العمومی در دورهٔسوم یکنوع «ولایت‌مظالم خاصه » محسوب است .

۱۸۰ ـ ب ـ ولایت مظالم نسبت به جمیع تجاوزات وتخلفات ـ در اینصورت آنرا « ولایت مظالم عامه» می‌نامیدند . در این‌مورد ، والی مظالم یك مأمور عالی رتبهٔ دولت بوده‌واز بین‌وزراء تفویض و امراء اقلیم و ولیعهد انتخاب می‌شد ،

ولی برای « ولایت مظالم خاصه » مامورانی که از نظر مقام پائین تر از آنان بودند گماشته میشدند.

۱۸۰ مکرر - صلاحیت «والی عام مظالم» موارد ذیل بوده است :

الف - رسیدگی بهر نوع تعدی و تجاوز افراد بیکدیگر ، وهر نوع تخلفات آنان از قانون. بنابراین والی مظالم سمت دادرسی هم داشت .

ب - رسیدگی بتخلفات اداری ماموران دولت وتخلفات و تعدیات که بمناسبت شغل خود مرتکب می‌شدند مانند تعدیات وصول کنندگان خراج یا تخلفات قضات و غیره .

ج - نظارت بر اجراء احکام محاکم ، بالاخره نظارت بمنظور حسن جریان قوانین موضوعه. نظر پاره‌ای از مؤلفان بر آنست که این سمت از زمان علی (ع) بوجود آمد .

قسمت پنجم

نقابت

الف - نقابت

ب - نقابت خاصه

ج - نقابت عامه

نقابت (۱)

۱۸۱ - درحقوق ایندوره برای بعضی از گروهها (مانند عباسیین وطالبیین) مقررات خاصی در قانون پیش بینی شده بود ولی پس از گذشت یکی دو قرن بعضی

---

(۱) یاولایت نقباء برصاحبان نسب - نقیب درلغت بمعنی رئیس و اشتقاق آن از نقب بمعنی طریق است زیرا رئیس قوم باید بطریق ومکنونات قوم خود وارد باشد.

از افراد منسوب بآنان (مانندخلفاء عباسی) طالب امتیازات بیشتری گشتند یعنی امتیازی زائدبر آنچه کهقانوناًداشتند میخواستند: میخواستندعمالعالی رتبهٔحکومت که براین گروهها حکومت دارند از طبقهٔ خود آنان باشند، بهمین جهت رئیسی ازدودمان آنان گماشته میشدکه اورا «نقیب» میگفتندمانند: نقیبطالبیینونقیب عباسیین؛ واینریاسترااصطلاحاً «نقابت» میگفتند. هنوزهم دراسامی مردمکشور ماکلمهٔ «نقیب السادات» و «نقابت» دیده میشود.

نقابت خاصه

۱۸۲ ـ نقیب در این قسم نقابتسمت قضائی نداشته واجراء قوانینجزائی بعهدهٔ اونبود. صلاحیت وی محدود باموُر ذیل بود:

الف ـ حفظ انساب ـ باین معنی که شخص داخل درنسب، خارج نشودوشخص خارج از نسب، وارد نشود یعنی کسیکه ازدودمان عباسیان است خودرا بدودمان دیگر منسوب نکند وکسیکه جزواینتیره نیست خودرا جزو آنان قرار ندهد. به منظور فوق، نقیب مکلف بهثبت ولادت وفوت آنان بود (۱)

ب ـ نظارت برمشاغل افراد نسب ـ باینمعنی که آنانرا از اشتغالبمشاغلپست باز دارد؛

ج ـ دراخذ حقوق آنان کمك نماید.

د ـ از تعدیات افراد نسب جلوگیری کند.

ه ـ به نیابت از افراد نسب حقوق مالی (سهمخمس) آنانرا وصول نماید.

نقابت عامه

۱۸۳ ـ نقیب در اینقسم نقابت علاوه برصلاحیت در کلیهٔ امورفـوق سمت

---

(۱) اینیك نمونه ازثبت احوال در این دوره از تاریخ حقوق ما است (رجوع شود بمطلب شماره ۱۹۲)

قضائی داشته واحکام جزائی صادر نموده واجراء می کرد. وی امور حسبی مربوط بافراد نسب (مانند صدور حکم حجر وفك حجر وحفظ اموال ایتام وتزویج زنانی که ولی نداشتند واذن ولی شرط صحت نکاح آنان بود) تصدی مینمود.

۱۸۴ ـ ممکن بود درفرمان «ولایت نقابت» ذکرشود که درحوزهٔ صلاحیت او قضات دیگر حق رسیدگی ندارند دراینصورت اشکالی وجود نداشت ولی اگر تصریح بچنین چیزی درفرمان او نمیشد قضات دیگر صلاحیت رسیدگی راداشتند، **و محکمه‌ای که مدعی بآن جا مراجعه می کرد صلاحیت رسیدگی داشت(۱)** در صورت تساوی (مانند موارد تداعی) تعیین محکمهٔ صالح بـا قرعه بود (۲) مؤلف کتاب «الاحکام السلطانیه» بحثی دراطراف مرافعاتی که یکطرف آن یکی از افراد نسب وطرف دیگر آن یکی ازافرادخارج نسب باشد واینکه چه محکمه‌ای صالح برای رسیدگی است نموده است.

۱۸۵ ـ باید دانست که مباحث مربوط به نقابت هرچند که دردورهٔ عباسیان وجود داشته است ولی اصول و نصوص قوانین موضوعه برخلاف آن بوده است زیرا اصول ونصوص مزبور دوچیزرا طرد می کند:

---

(۱) بنقل صاحب کتاب «الاحکام السلطانیه» امیر الحـاج (یعنی متصدی قافلهٔ حاجیان) ممکن بود رسماً سمت قضائی داشته باشد دراین صورت وی بدعاوی و تخلفات افرادقافله رسیدگی می کرد ولی درصورتیکه چنین سمتی نداشت دردعاوی و تخلفات افراد قافله **نزدیکترین دادگاه محل ورود قافله صالح برای رسیدگی بود.** و هرگاه یکی از افراد قافله بایکی ازاهالی بین راه ترافع داشتند **دادگاه محل توقف یااقامت شخصی که طرف ترافع بایکی ازافراد قافله بود صلاحیت رسیدگی داشت** ولواینکه امیرالحاج هم رسما سمت قضائی داشته است.

(۲) درموردی که باوجود محاکم معمولی فقط نقیب دردعاوی وتخلفات افرادنسب حق رسیدگی داشت بالطبع **محکمهٔ اختصاصی** بوجود می آمد.

دربدأ دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما محاکم اختصاصی دیده نشده است بنابراین پیدایش محاکم اختصاصی درعصر بنی عباس یك تحول حقوقی بشمار میرود.

اول ـ محاکم اختصاصی

دوم ـ عدم مساوات درمقابل محاکم (مطلب شماره ۸۸)

و حال اینکه « نقابت » ملازم باقبول هردومطلب بالا است ، یعنی هم محاکم اختصاصی وهم عدم مساوات در مقابل محاکم.

۱۸٦ ـ بنابر آنچه که صاحب کتاب الاحکام السلطانیه ذکرنموده ، درعشایر وقبایل هم وضعی نظیر «نقابت » موجود بوده است . معلوم نیست که وضع مزبور ناشی ازضرورتی نظیر آنچه که درزندگی قضائی بعضی ملل(۱) موجود است بوده است یا ناشی ازحس امتیاز طلبی نظیر آنچه که درنقابت وجودداشته است.

قسمت ششم

مصدقین وائمهٔ جماعات

الف ـ مصدقین

ب ـ ائمهٔ جماعات

مصدقین

۱۸۷ ـ مصدقین بکسانی گفته می شد که مأمور وصول زکات (صدقه) بودند و آنان را « عاملین صدقات » و « والیان صدقات » (۲) هم می گفتند . گرفتن زکات از اموال غیر قابل اختفاء (مانند گندم ومواشی وغیره) وظیفهٔ این مأموران بوده است تسلیم زکات اموال قابل اختفاء (مانند طلاو نقره) ازوظائف صاحبان آنها بوده است، ودر صورت تخلف از تسلیم تعزیر می شدند .

---

(۱) ـ مانندقانون راجع بامور قضائی واداری لرستان مصوب ۱۸ تیر ماه ۱۳۱۲

(۲) شغل آنان را «ولایت صدقات» میگفتند .

امامت جمعه و جماعت

۱۸۸ ـ این سمت دراین دوره جزو مشاغل رسمی بودولی نه‌بطور کلی چه مساجدرا باعتبار این موضوع بدو دسته تقسیم میکردند :

الف ـ مسجد سلطانی

ب ـ مسجد عامی (یعنی غیر سلطانی)

چون مساجد سلطانی بوسیلهٔ سلاطین ساخته یا اداره می‌شد و مورد توجه خاص بود سمت امامت دراین مساجد از طرف رئیس حکومت داده میشد . ولی در مساجد عامی مردم باهر کس که می‌خواستند نماز می گزاردند ، دراین مورد سمت امام مسجد غیررسمی بود .

قسمت هفتم

دیوان ودوائر حسابداری

الف ـ دیوان

ب ـ حسابداری اعمال

ج ـ حسابداری ارتش (دیوان‌الجیش)

د ـ دفتر امور استخدام

هـ ـ دفتر خزانه (دیوان بیت‌المال)

و ـ حقوق کارمندان ومأموران دولت

دیوان

۱۸۹ ـ برای حفظ امور مربوط بحقوق سلطنت (مانند رسیدگی برضع نواحی مختلف کشور واموال وعوائدعمومی) وجوددیوان‌راضروری‌تشخیص‌میدادند. می گویند درزمان خلافت‌عمر فکر تأسیس «دیوان‌مستمریها» درمرکز حکومت پیدا

شد وعلت آن نیاز به نگهداری حساب کسانی بود که از بیت‌المال مستمری دریافت می‌داشتند.

۱۹۰ ـ بنقل «الماوردی» (متوفی درقرن پنجم هجری) دیوان وصول‌عوائددر طرف شام (سرحد غربی قلمرو اسلامی) بدست حسابداران رومی اداره گردیده و بزبان معمول‌محل نوشته می‌شد، چنانکه دیوان‌و صول‌عوائد درطرف ایران بدست حسابداران ایرانی اداره گردیده‌و بزبان معمول آنان نوشته می‌شد، دراواخرقرن اول هجری‌دفاترحسابداری‌بزبان‌عربی وبدست مسلمین اداره‌می گردید.

بنابرمطالب فوق ضعف فکرحقوق‌اداری افراد غالب، مسلم می‌شود وباید ظن نزدیك بیقین حاصل نمود که مقررات‌حقوق‌اداری عصربنی‌عباس مأخوذ ازملل‌مغلوب مخصوصاً از ایرانیان است.

۱۹۱ ـ درخارج ازمرکز یعنی‌درمقر حکومت‌حکام‌اقالیم وبلدان‌هم‌دیوانهائی وجودداشته است که اطلاعاتی از آنها بدست نیست، دورنیست که تشکیلات آنها شبیه تشکیلات دیوان مرکز(که «دیوان سلطنت» نامیده می‌شد) بوده‌باشد.

تشکیلات دیوان سلطنت یا«دوائرحسابداری‌مرکز» بقرار ذیل بوده‌است:

الف ـ حسابداری اعمال (مطلب شماره ۱۶۳)

ب ـ حسابداری ارتش

ج ـ دفتر امور استخدام

د ـ دفتر خزانه

حسابداری اعمال

۱۹۲ ـ وظائف این دائره عبارت بود از:

الف ـ تعیین حدود اعمال وحوزهٔ هرعمل (رجوع شود بمطلب‌شمارهٔ۱۶۳)

ب ـ ثبت کیفیت اراضی محل از جهت اینکه زمینهای محل، زمین خراجی است یازمین عشر؛ درمورد اراضی‌خراجی، مساحت آنهارا ضبط می کردند چونکه خراج بحساب مساحت اراضی‌تعیین می‌شد. درمقابل اراضی خراج، کیفیت خراج‌را (نقدی

یاجنسی) ضبط می‌نمودند. ودر مورد جنسی که بطریق «مقاسمه» بعمل می آمد نسبت تقسیم را (نصف، ثلث، ربع) می نوشتند.

درمورد اراضی عشر(۱) نوع زراعت وطرز آبیاری (مصنوعی یاطبیعی) و اسم صاحب زراعت را می‌نوشتند زیرا در این مورد ، عشر زراعت را می گرفتند و حاجت بمساحت اراضی نبود.

ج- ثبت اسامی اهل ذمهٔ هر ناحیه ومقدار جزیهٔ هریك وثبت فوت آنان (۲) وثبت بلوغ صغار آنها وثبت قبول تابعیت اسلامی از طرف آنها (فوت وقبول تابعیت از طرف آنها موجب اسقاط جزیه ، وبلوغ موجب اثبات جزیه می‌شد).

د - ثبت معادن هر ناحیه بمنظور وصول حق معدن

ه - ثبت عوارض ومالیاتهای اموال اجانب که از مرز وارد نواحی مرزی کشور می‌شد ، این عوارض کماً و کیفاً بموجب قرارداد قبلی موجود بین حکومت مرکزی واجانب تعیین می گردید، ومی بایست قرارداد مزبور دردفاتر ثبت شود.

۱۹۳- این تنها موردی است از «حقوق گمرکی» که دراین دوره دیده شده است. ولی درداخلهٔ کشور عوارض راهداری (که در عصر مغولان وتیموریان وصفویه مرسوم بود) بهیچوجه گرفته نمی‌شد ، وحمل کالا ازیکنقطهٔ داخلی کشور بنقطهٔ داخلی دیگر از کشور مستلزم پرداخت چیزی بعمال دولت نبوده است . ولی درهمان ایام و بلکه از ما قبل اسلام چنین عوارضی که مقدارش غالباً یا عموماً یك دهم (عشر) بود وجود

---

(۱) بنظر پاره‌ای ازمؤلفان فقه زمین عشر عبارت است از:
الف - هرزمین موات که مسلمان آنرا احیاء کند.
ب - هرزمینی که مردم آنزمین بدون جنك باسپاهیان اسلام وبمیل خود بتابعیت اسلامی درآیند.
ج - زمینی که «مفتوح عنوة» است (یعنی زمین خراجی)
(۲) این نیز نمونه‌ای از ثبت احوال درتاریخ حقوق ما است .

داشت که صریح قوانین موضوعه آنرا ملغی نمود بهمین جهت از عشار وعاشر و شغل مزبور در آثار اسلامی مذمت فراوان شده است.

حسابداری ارتش

۱۹۴ ـ دراین دائره صورت اسامی لشکریان ضبط می‌شد و مشخصات بدنی اشخاص وسن‌واسم آنان رایادداشت‌می‌نمودند ، وبرای رفع هر گونه اشتباه‌اسم‌رئیس فوج هرنظامی رادرردیف مشخصات بالا یادداشت می کردند .

حقوق نظامیان دراین دفاتر یادداشت می‌شد ؛ میزان حقوق آنان به‌مجموع سه موضوع ذیل بستگی‌داشت :

الف ـ تعداد عیال واولادواجب‌النفقه

ب ـ هزینهٔ اسب (نسبت بسوار) واسلحه

ج ـ وضع اقتصادی محل انجام خدمت

درهرسال بوضع نظامیان رسیدگی می کردند تا تناسب حقوق آنها با تغییرعوامل سه گانهٔ فوق همیشه محفوظ باشد.

پس‌از فوت‌نظامی یاکشته شدن در ضمن انجام خدمت حقوقش جزو ترکهٔ او بورثه می‌رسید(۱).

دفتر امور استخدام

۱۹۵ـ دراین قسمت اسامی مستخدمین ومشاغل آنان و محل کار آنها ضبط می گردید وعزل‌ونصب آنها ثبت‌می‌شد.

دفتر خزانه

۱۹۶ ـ (یادفتر بیت‌المال) ـحقوق بیت‌المال هرحقی‌است‌که تمام مسلمانان

(۱) اذامات احدهم اوقتل کان مااستحقه من‌عطائه موروثاً عنه‌علی فرائض‌الله وهو دین لورثته فی‌بیت‌المال . (الاحکام‌السلطانیه)

مستحق آنها بوده ومالك معين ندارد (۱) ولازم نیست که درچهاردیوارمخصوصی جمع شده باشد.

حساب دخل وخرج بیت‌المال دراین‌دیوان نگهداری می‌شد. رئیس این‌دیوان راکاتب دیوان وصاحب دیوان نامیده‌اند که نظیر سمت‌وزارت دارائی را داشت. وی درشکایاتی که مردم از عمالش می نمودند سمت قضائی داشته و رسیدگی می‌نمود ولی اگر یکی از عمالش از خود او شکایت می نمود رئیس حکومت رسیدگی می کرد.

حقوق کارمندان ومأموران‌دولت

۱۹۷ ـ مأموران دولت دوقسم بودند:

الف ـ قسمی که در مقابل اجرت معینی کارمی کردند یعنی درمقابل عمل‌خودمزد دریافت می‌داشتند واین دادوستد از نظرحقوقی بصورت یك معاوضه بود، مزدی که ازبیت‌المال می گرفتند اصطلاحاً «اجر» نامیده می‌شد (۲).

۱۹۷ مکرر ـ ب ـ قسم دیگر که برای حفظ مصالح عمومی بکار گماشته می‌شدند وکار آنها در مقابل حقوقی که می گرفتند یك معاوضهٔ حقوقی را ایجاد نمی کرد، مانند مستخدمین نظامی ومنشیان دیوان وغیره. مالی که بیت‌المال بایـن دسته از مأموران می‌داد رزق (جمع آن «ارزاق» است) نامیده می‌شد و این دسته‌را «مسترزقه» (یاحقوق گیران) مینامیدند.

---

(۱) باین ترتیب می بینیم که حقوقدانان این دوره بارز ترین مشخصات شخصیت حقوقی‌را که عبارت از مالك شدن جمعی بدون اشاعه ومدیون شدن است برای بیت ـ المال ذکر نموده‌اند!

(۲) ـ الاجر یؤخذ من شخص بعینه‌علی المساومة والمعاوضة! والرزق یؤخذمن بیت ـ المال اومن‌الاوقاف العامة‌علی مصالح المسلمین، ولیس فیه مساومة ولامعاوضة.
(حواشی الاحکام السلطانیه)

۱۹۸ ـ نکته ـ حقوق ممکن بود بصورت نقدی یاجنسی داده شود. گاهی حقوق بصورت اقطاعات(تیول) داده می‌شد ولی حقوق‌بگیر (مقطع) دراینصورت‌مالك زمین نبود بلکه از منافع آن حقوق‌خودرا وصول میکرد بهمین‌جهت این‌قسم‌اراضی را هیچوقت بورثهٔ گیرندگان اقطاعات نمی‌دادند (۱) و حتی دردادن اقطاعات بطور مادام‌العمرهم اشکال می‌کردند.

نکته ـ وفق‌دادن محتویات این قسمت (یعنی مطلب شمارهٔ ۱۸۹ تا ۱۹۸) با نصوص قوانین‌موضوعهٔ عصربنی‌عباس سهل نیست وباید آنهاراناشی‌ازنظرصاحب‌قدرت عالیهٔ مملکت دانست.

قسمت هشتم

محتسب

الف ـ محتسب

ب ـ صلاحیت محتسب

ج ـ تنبیهات

محتسب

۱۹۹ ـ اساس وهدف تأسیس‌این سمت درمشاغل دولتی جلوگیری ازبی‌نظمی ونا‌امنی درروابط مردم یك‌شهر یایك‌قریه بود بهمین‌جهت محتسب درمعنی اصطلاحی خود بامعنی لغوی تناسب داردچه آن درلغت بمعنی‌معترض ومتعرض‌است(۲)ومحتسب

---

(۱) مستمری بشکل سیورغال که در عصر صفوی مرسوم بود دراین زمان وجود نداشت.

(۲) «احتسب» بمعنی انکرعلیه

متعرض اعمال خلاف قانون می‌شود زیرا برخلاف قاضی که درمقام رفع تجاوز افراد ، انجام وظیفه می کند محتسب درمقام دفع تجاوز آنان سمت خودرا بکارمی‌برد یعنی پلیس اداری است.

کلیهٔ وظائف شهربانی امروز ومقدار مهمی از وظائف شهرداری (ازقبیل نظارت برامور اصناف وپیشه‌وران وخواربار شهروغیره) ودادستان بعهدهٔ وی می باشد ، واز همین‌جا اهمیت سمت وی معلوم می‌شود.

۲۰۰ـ تذکر ـ تعریف روشن وجامع ومانعی ازاین شغل بدست نیامد ، با توضیحی که بیان گردید و نیز بادرنظر گرفتن موارد صلاحیت او میتوان بین سایر مشاغل ـ مخصوصاً قاضی و والی مظالم (۱) ـ تصور درستی از این شغل بدست آورد (۲)

تبصره ـ محتسب باید بالغ ، عاقل ، مسلمان ، آزاد ومطلع بمقررات مربوط بمقام خود بوده وشایستگی تصدی مقام مزبوررا داشته باشد.

صلاحیت محتسب

۲۰۱ ـ صلاحیت محتسب در اموذیل است :

الف ـ حفظ نظم و امنیت شهر و جلوگیری از تجاوزات بمال و عرض و جان و حیثیت مردم

ب ـ نظارت در معاملات و داد و ستد ، باین معنی که از معاملات خلاف قانون و

---

(۱) مطلب شماره ۱۷۹ ملاحظه شود.

(۲) در کتاب «معالم القربه فی احکام الحسبة» محتسب را اینطور تعریف نموده است: المحتسب من نصبه الامام او نائبه للنظر فی احوال الرعیه والکشف عن امورهم و مصالحهم.

این تعریف ازهر جهت مبهم وغیرعلمی است.

مضر بحال مردم جلوگیری کند، و بالاخره بر تمام تخلفات مربوط بداد و ستد نظارت داشت.

ج ـ دستورات مربوط بحفظ نظافت شهررا داده واز اعمال مخالف بااین نظر جلوگیری می کرد.

د ـ نظارت براوزان ومقادیر بعهدهٔ او بود.

ه ـ تأمین آذوقهٔ شهر وجلوگیری ازاحتکاردرحدود اصول قانونی درصلاحیت وی بوده است.

و ـ نظارت در طرز ساختن ابنیه ونظارت براماکن عمومی (مانند حمامها و سایر مجامع) را بعهده داشت.

ز ـ وبالاخره نظارت براموراصناف وپیشه‌وران درصلاحیت وی بود.

۲۰۲ ـ نکته ـ درتمام مسائل مربوط بصلاحیت محتسب شرط این بوده که قانون مربوط بآن مسائل نظری نباشد (۱).

تنبیهات

۲۰۳ـ اول ـ در جرائمی که صریح قانون متذکرشده (ونظری نبوده) ومجازات قانونی آنها تعزیر بوده محتسب می‌توانست پس از تشخیص مجرم، مجازات را در حق او اجراء کند ولی درسایر جرائم نمی‌توانست دخالت نماید.

۲۰۴ ـ دوم ـ در مورد حق الناس محتسب بارعایت دوشرط ذیل مرجع تظلم و ترافع نیز بود:

---

(۱) من شرط المحتسب ان یکون ذلك (یعنی مورد صلاحیت محتسب) معلوماً بغیر اجتهاد، فکل ماهو فی محل الاجتهاد فلاحسبة فیه.

(معالم القربة فی احکام الحسبة)

الف ـ نظری نبودن قانون مربوط بمورد ترافع (این درحقیقت همان شرط مذکور در مطلب شمارهٔ ۲۰۲ می‌باشد) مانند تأخیر در اداء دین باداشتن قدرت پرداخت.

بنابراین هرگاه محکوم علیه از اجراء حکم محاکم تخلف می‌ورزید محتسب می‌توانست وی را وادار باجراء نماید.

ب ـ موضوع شکایت، مورد انکار مدعی علیه نباشد وگرنه دعوی در صلاحیت حاکم محکمه بود.

۲۰۵ ـ سوم ـ بعکس قضات که پس از ترافع باید انجام وظیفه کنند محتسب منتظر ترافع نبوده وی در موارد صلاحیت خود حتی بمنظور دفع تجاوز و تخلف، نظارت می‌نمود؛ ودرصورت وقوع تجاوز وتخلف درحدود صلاحیت خود برای رفع آن، اقدامات لازم رابعمل می آورد. و برای این منظورها می‌توانست اشخاصی را استخدام نماید.

۲۰۶ ـ چهارم ـ مقایسهٔ محتسب باوالی مظالم (۱) ـ این هردو عضو قوهٔ اجرائی هستند ولی سمت والی مظالم بمراتب مهمتر است (مطلب شمارهٔ ۱۸۰ ببعد ملاحظه شود) والی مظالم حتما باید مستنبط باشد ولی چنین شرطی در محتسب ضرورت نداشت، بهمین‌جهت والی مظالم سمت قضائی داشت بعکس محتسب که ممکن بود سمت قضائی نداشته باشد.

۲۰۶ مکرر ـ تذکر ـ آنچه که از مطلب شماره ۱۶۱ تااین‌جا تحت‌عنوان «حقوق اداری درعصر بنی‌عباس» مورد مطالعه قرارگرفت چیزی است که بعنوان اساس و اصول میتوان بآن نگاه کرد وباید براین اصول واساس دو مطلب را ضمیمه نمود:

اول ـ فرق بین آنچه که بعنوان قانون ومقررات معنون شده باآنچه که در عمل

---

(۱) مقایسهٔ این‌دو سمت‌در «معالم‌القربة» باابهام واگزار شده است.

وجودداشت ، این فرق در اغلب و شاید همهٔ قوانین جهان وجودداشته و دارد و خواهد داشت .

دوم ـ همزمان حکومت عباسیان در نواحی مختلف ایران حکومت هائی بوجود آمد که بالطبع خود را ملتزم به‌پیروی از کلیهٔ مقررات حقوق اداری دربار بغداد نمی‌دانستند شاید اسناد حقوقی که در آتیه بدست آید نکات جالب و مختص باین حکومت‌ها را روشن سازد ومطالب این فصل راتکمیل نماید.

فصل سوم

حقوق اداری در عصر مغول و تیموریان

قسمت اول ـ حقوق اداری درعصر مغول

قسمت دوم ـ حقوق اداری درعصر تیموریان

قسمت اول

حقوق اداری درعصر مغول

الف ـ مقدمه

ب ـ وضع عمومی ادارات دولتی

ج ـ وضع ونشر قانون:

مرور زمان سی ساله

هیأت منصفه

حق تنظیم اسناد معاملات

وحدت مسکوکات واوزان ومقادیر

چگونگی نشر قوانین ومقررات

علل تقنین

د- عناوین رسمی

مقدمه

۲۰۷- مغول قومی بودند وحشی وجهانگشا، صفات عمدهٔ آنان دراین سه کلمه خلاصه می‌شود: درندگی، سودجوئی، سازشکاری. قومی بودند که بهیچ مذهب عقیده نداشتند (۱) ولی پس از فتح ایران بعضی از آنان برمذهب خودباقی ماندند وبعضی به‌پیروی ازروح سازشکار خود تحت تأثیر پاره‌ای از حکام ارمنستان وفعالیت پاپ بمذهب مسیح گرویدند وعدهٔ بیشتر آنان به‌پیروی ازهمان روح سازشکار بدیانت اسلام وارد شدند تابتوانند قدرتی راکه بچنگ آورده‌اند نگهدارند واز طغیان مردم محفوظ باشند، زیرک‌ترین مرداین قوم غازان‌خان بود (ازسلاطین مغولی سلسلهٔ ایلخانان ایران- مدت سلطنت او بین سالهای ۶۹۴-۷۰۲ بوده است) که خردمند خاندان مغول است، وی تقریباً پس ازنیم‌قرن که از انقراض حکومت عباسیان بدست هلاکو گذشته بود بتخت سلطنت نشست. اکثریت قریب باتفاق مسلمین آنروزگار که‌اهل‌سنت بودند نسبت بتسلط مغولان بربغداد ونابودکردن دستگاه خلافت بنظر بغض و کینه نگاه‌میکردند که شعر معروف سعدی نمونهٔ این خشم عمومی است:

آسمان را حق بود گر خون ببارد برزمین

بر زوال ملك مستعصم امیرالمؤمنین

---

(۱) بنقل بعضی مورخین مغول بودائی مذهب وبت پرست بودند ولی عطا ملك جوینی درتوصیف چنگیز چنین می نویسد:

«چون منقلد هیچ ملت نبود از تعصب ... مجتنب بوده است چنانکه مسلمانانرا بنظر توقیر می نگریسته ترسایان و بت‌پرستان رانیز عزیز می داشته».

گذشت نیم قرن برای از بین رفتن یك خشم عمومی نسبت بمغولان کافی نبوده وسلاطین مغول روی این نفرت عمومی حساب میکردند : پاره‌ای از آنان صلاح خود را در آن می‌دیدند که مذهب اهل‌سنت وجماعت اختیار کنند تاافکار عمومی پشتیبان آنان باشد ، ولی غازان شاید این اقدام‌را بیفائده تشخیص می‌داد وچون بخوبی از تضاد فرق سنی و شیعه با خبر و از سوابق همکاری رجال سیاسی بزرك شیعه مانند ابن‌العلقمی (۱) وزیر مستعصم بالله وخواجه نصیرالدین طوسی با سلاطین سابق مغول اطلاع داشت بمذهب شیعه متمایل شد وباین ترتیب دوستانی جدی برای خود تهیه نمود که قابل اطمینان بودند، این ابتکار غازان که شاید سیاست دیالمه باو الهام‌داده بود پس‌از وی مورد اقتباس سلاطین دیگر واقع شد که از جملهٔ آنها اولجایتو یا سلطان محمدخدابنده (۲) برادر غازان است (۳) مسلم‌این است که سلاطین صفویه‌هم

---

(۱) در تزوك تیموری چنین نوشته شده است: مستعصم‌بالله عباسی، ابن‌علقمی را که بصفت حسدو کینه موصوف بود وزیر خود ساخت ، بواسطهٔ کینه‌ای که از خلیفه در خاطر داشت بسخنان منافقانه خلیفه‌را بازی‌داد وهلاکوخان راترغیب نموده برسرخلیفه آورد ووی‌را گرفتار ساخت.

(۲) در تألیفات مخالفینش‌ویرا باینجهت «خربنده» گفته‌اند حتی در کتاب تاریخ غازان‌درنسخهٔ‌چاپی انگلستان بتصحیح **Karl jahn** هم‌عنوان خربنده بکار رفته بااینکه قطعاً مؤلف کتاب چنان‌لفظی رابکار نبرده زیرا ازمقربان دربار غازان ووزیر وی و خدابنده بوده‌است طبعاً پس‌از مؤلف در کتاب اودست برده‌اند.

(۳) مستفاد از ظاهر کتاب تاریخ غازانی تألیف رشیدطبیب اینست که غازان از بت‌پرستی بمذهب حنفی گروید ولی مستفاد ازمطالب دیگر کتاب مزبور آنست که‌وی بمذهب امامیه تمایل داشته است وحتی درزمان خود ازطرف مردم باین مطلب متهم‌شد وبعنوان دفاع ازخود گفت:

«... من منکر هیچکس نیستم و ببزرگی صحابه معترفم لکن چون حضرت رسول «رادر خواب دیدم و میان فرزندان خودومن برادری ودوستی داده هرآینه بااهل‌البیت «دوستی زیادت می‌ورزم والا معاذالله منکر صحابه شوم ... کتاب مزبور

ونیز درهنگام ضرب مسکوکات دستور داد که اسامی دوازده امام(ع) برآن‌نقش کنند دراین مورد مورخ مزبور می‌نویسد:

«فرمود ... تا ... بخطوط تمامت ولایات نام خود برآنجا سکه‌زد تا در همه مواضع «چون بخوانند دانند که ضرب او است وآیات قرآن و اسامی دوازده امام علیه‌السلام «برآن سکه‌منقوش است وسکه‌ای بغایت‌خوب ولطیف است... کتاب‌مزبور

از همین سیاست پیروی کرده وبنحو اکمل از آن برخوردار شده‌اند چه سلسلهٔ صفویه تقریباً اقتباس (۱) بدون تصرفی است از تشکیلات تیموریان و مغولان.

مالک الرقابی مطلق وهرج ومرج فراوان حکومت‌های مغول (وتیموریان) مقتضی وضع ثابت اداری در سراسر کشور نبود، تنوع ودوام ناچیز مقررات اداری نسبت مستقیم باتنوع هوسها وتمایلات سبکسرانهٔ این اقوام داشت، باین اشکال که برراه مطالعه و بررسی قرار دارد اشکال نقص منابع مطالعه را باید افزود چه کتب موجود بدست اشخاصی نوشته شده که چندان بهره‌ای ازعلم حقوق نداشته‌اند (۲) بااین همه ازنظری که در مطلب شمارهٔ ۱۳۵ ذکر شد مطالبی باقی مانده وبما رسیده که ازجهت مطالعهٔ حقوق اداری وبلکه تحول رشته‌های دیگر حقوق، قابل ملاحظه است ومی‌توان آنها راکلید بررسی‌های دیگر قرارداد: مثلا مقایسهٔ مندرجات این فصل با مندرجات فصل چهارم، میدان تعمق وسیع‌تر واظهارنظر درست تر خواهد شد. قرائن تاریخی نشان میدهد که اوضاع حقوقی مختص عصر سلاجقه درحکومت مغولان تأثیر داشته (۳) بنابراین

---

(۱) از اینجاست که باید بمطالعه کنندگان کتاب تذکرة الملوك وحواشی آن که از بعضی مستشرقین است توصیه نمود که اطلاعات خودرا دربارهٔ سازمانهای اداری حکومت صفوی ازراه مطالعهٔ سازمان های اداری مغولان وتیموریان کامل گردانند.

(۲) مثلا عطا ملك جوینی که تقریباً شاهد تأسیس ونهضت سلسلهٔ چنگیز بود و تمام عمرش رادردستگاه امراء وسلاطین مغول بدبیری وصاحب دیوانی ووزارت وامارت گذراندنسبت بیاساهای چنگیز وقوانین موضوعه توسط جانشینان او ناچیزی بقلم آورده است وآنقدر که نوشته ازنظر حقوقی فاقدارزش است بعکس رشیدالدین فضل‌الله وزیر غازان که مردی اجتماعی ودقیق بود بسیاری ازقوانین عصرش را در تاریخ نفیس خود ضبط کرده است.

(۳) در تاریخ رشید طبیب چنین ذکر شده، که غازان خان دریکی از فرامین خود می نویسد:

« چون سلطان ملکشاه بر موجب اتفاق ... ائمهٔ عصر حکمی کرده و جهت مصلحت «عالمیان مدون گردانیده که هرکه وقفی پنهان کرده باشد ... مانیز فرمودیم تاقضات «ممالك برآن موجب بروند.

مطالعهٔ مندرجات این فصل کمك بادراك پاره‌ای ازروابط حقوقی زمان سلاجقه می نماید (رجوع شود بمطالب ۴۸۰_۴۸۱).

از نظر فوق، نمونهٔ کامل برای بررسی دورهٔ مغول، عصر غازان است وبرای مطالعهٔ دورهٔ تیموریان عصر تیمور.

وضع عمومی ادارات دولتی

۲۰۸ _ اعضاء ناشایسته در ادارات عصرمغول اکثریت داشتند ومقامات دولتی حتی مقام قضاء رابکمك رشودوتوصیه ونفوذ متنفذین باین نوع مردم می دادند معلوم است که درچنین وضعی امنیت قضائی از میان مردم رخت برمی بندد؛ خوب است که قسمتی از متن کتاب تاریخ غازانی که نویسندهٔ آن وزیر غازان ووزیر سلطان خدابنده بوده وبخوبی از جریان اموعمومی مطلع است نقل شود:

« در روزگار مغول چنان اتفاق افتاد که بتدریج مردم را معلوم شد که ایشان قضات
«ودانشمدان را به مجرد دستارودراعه می شناسند... بدان سبب جهال وسفهاء دراعه و
«دستار وقاحت پوشیده بملازمت مغول رفتند وخودرا بانواع تملق و خدمت و رشوت
«نزد ایشان مشهور گردانیدندوقضاء ومناصب شرعی بستدند .... چون مدتی براین موجب
«بود علماء بزرك متدین صاحب ناموس بتدریج دست از آن اشغال واعمال بازداشتند،و
«مردم بزرك چگونه اختیار کنند که خودرا در معرض چنان کسان آرند...چون جهال
«وسفهاء دانشمندصورت درممالك بسیار بودندومی دیدند که امثال ایشان را کارهای بزرك
« دست می دهد بمعارضهٔ یکدیگر برخاستند واز کثرت منازعت و مقالات ایشان مغولان را
«خساست ووقاحت جملهٔ ایشان معلوم گشت ... هرامیری و بزرگی حمایت یکی از ایشان
« کردی ،و بهرمدت یکی قاضی شدی ودیگر معزول . و بعضی بجائی رسیدند که عمل قضاء
«رابضمان می ستدند... چون قضاء بضمان و مقاطعه گیرد توان دانست که حال برچه وجه
« باشد... بدین اسباب راه دعاوی باطل بازداده بودند ، هرآفریده که ملکی داشت اورا
«ازصددشمن بتر بود... وچون قضاء بضمان ومقاطعه بود آن معانی ملائم طبع قاضی واصحاب
«دارالقضاء می افتاد ومدعیان راتپپیچ میکردند و بوعده عشوه می دادندوقضیه را مهمل
«وموقوف می داشتندماهها بلکه سالها، ودرآن میان آنچه خلاصه بود می ستدند... بسیاری

«از املاك سالها، در تنازع می بود وهر سال زیادت ازمنال آن بدار القضاء خرج میرفت.
« و بعضی آن بودند که یکی را بدست می آوردند که انواع خطوط مشابه خطوط
«دیگران می تواند نوشت ... هر یك از آن جماعت بحمایت مغولی وقوی دستی می رفتند و با
«مردم منازعت میکردند ومقاطعان قضاء هر چندحکمی بدان نمی کردند رعایت مصلحت
«خویش را، درمطالب ایشان ساکت میشدند و کلمة الحق نمیگفتند و بر زبان اعوان مجلس
«حکم درخفیه بایشان می رسانیدند که این جماعت قوی دستانند وجوابی مطلق نمی توانیم
«گفت ، و بر این طریقه روز میگذرانیدند ودرمیانه چیزی می ستدند .

متنفذان عصر مغول درصدور احکام اعمال نفوذ میکردند وحتی اعمال نفوذ را علنی می ساختند یعنی بهمراه صاحب دعوی به محکمه می رفتند وتقاضای صدور حکم بر له شخص مورد حمایت که غالباً بی حق بود می نمودند بطوری که درایام حکومت غازان دستور داده شد که قضات تاوقتی که حامیان اصحاب دعوی در محکمه حاضر ند حق رسید گی ورؤیت دعوی را ندارند ؛ ونیز قضات را موظف نمود که اسامی کسانی راکه درصدور احکام از محاکم اعمال نفوذ میکنند باطلاع غازان برسانند تا مجازات «اعمال نفوذ» (۱) را در حق آنان مجری دارد . صاحب تاریخ غازانی در این باب می نویسد :

«... دومدعی که پیش قاضی روند اگر درحمایت کسی روند وجماعتی متغلبان را
«بدارالقضاء حاضر گردانند تامدد ایشان دهند قاضی باید که مادام که ایشان از دار ـ
«القضاء بیرون نروند قضیه ودعوی نشنود.
اگر قوی دستی برایشان الحاح کند واصرار نماید واین معانی که برظهر حجت
«نوشته مسموع ندارد و برآن حکم نکند نام آنکسان بنویسند وبحضرت مافرستند تا
«آنکسانی که گناه کرده باشند چنان سیاست فرمائیم که موجب عبرت عالمیان
«باشد .

---

(۱) ماده دوم «قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق ومقررات قانونی مصوب ۲۹ آذر ۱۳۱۵» مقرر می دارد:
«هر کس ازروابط خصوصی که باماموربن یامستخدمین مذکوره درمادهٔ یك دارد
«سوء استفاده نموده ودر کارهای اداری که نزد آنهاست بنفع یاضرر کسی برخلاف حق و مقررات قانونی اعمال نفوذ کند از یکماه الی یك سال حبس تادیبی محکوم خواهد شد .

این قسمتی از فرمان غازان است که در سال ۶۹۹ بقضات نوشته است . وقتی که قضات وصاحبان مشاغل عالی عصر مغول درچنان وضعی موهون قرار داشتند حال محتسب وشحنه و راهداران (راهداران درعصر مغول طبقه‌ای بودند که از نظر سمت و شغل شبیه به ژاندارم کنونی بودند - رجوع شود بمطلب شمارهٔ ۲۱۸) وطبقات دیگر بخوبی معلوم است . یك قسمت از کتاب تاریخ غازان حکایت از همکاری «راهداران» بادزدان وراهزنان می نماید باین عبارت :

«وراهداران زیادت از آن نمی کردند که هرچه میخواستند از راهگذریان میستدند «وکاروانرا ببهانهٔ آنکه دزد ... درمیان شما باشد موقوف میگردانیدند تادزدان آگاه «میشدند وبراه می آمدند. وچون دزدان کاروانی رابزدندی هرگز برعقب دزدنرفتندی «وصادر ووارد راهرگز ازدزدان چندان پریشانی نبود که از ... راهداران چه مضرت «دزدان احیاناً اتفاق افتادی، واز آن ایشان درهر موضع بهرمنزلی... وای بسا کاروان «که راههای مجهول بغایت دور پرمشقت اختیار کردندی تا از دست .. راه داران «خلاصی یابند ...

اکنون ازسنجش اوضاع دوره‌های دیگر بااوضاع عصر مغول می توان تصور نمود که تاچه اندازه ازمفاسد اداری گذشته باصلاح آمده است علت وجودی توصیه وتشبث درعصر مغول این بود که کار بکاردان ارجاع نمی شد ومردم ناشایست متوسل باین وسیله می شدند چندانکه، صاحبان حقوق ومردمان شایسته اگرمیخواستند حق خودبگیرند مجبور میشدند بهمان وسیله متوسل شوند که ناشایستگان بآن چنگ میزدند ؛ آن علت وجودی ، در جوامع مشابه همان معلول را بوجود آورده یعنی آن درخت هرجا که روئید همان میوهٔ تلخ ببار آورد . خساراتی که ایران درحین جهان‌گشائی مغولان وتیموریان تحمل نمود هزاران بار کمتر از خسارات مادی و معنوی است که از فساددستگاههای اداری اقوام مزبور باین کشور وارد آمده است .

وضع و نشر قانون

۲۰۹ - هرچند در ایندوره علی الاصول روابط حقوقی جامعه تحت سیطرهٔ قوانین موضوعهٔ اسلامی قرار داشت ولی بنابر عوامل مذکوردر مطلب ۲۱۴ سلاطین مغول (وسلاطین بعدازمغول) تااندازه‌ای متصدی وضع قوانین جدیدشدندو برخلاف سلاطین بني عباس که حتي المقدوردرحدود مقررات اداری (با توجه بمندرجات مطلب ۱۴۰)

قواعدی رامقرر می‌داشتند، سلاطین مغول بدون اعتناء ببعضی از قوانین موضوعهٔ روز از پیش خود قانون وضع می کردند. بیشتر این قوانین موضوعه (صرفنظر از قوانین سازمانی واداری) دردومورد ذیل بود:

الف - امور کیفری

ب - امور مالی در حدود گرفتن مالیاتها و غیره. در زمان غـازان دستور این بود که صورتی از اسامی آبادیها با ذکر عایدات هریك از آنها تهیه شود پس از آن مالیات هر آبادی را مطابق عایدات آن معین می کردند. عوارض راهداری نیز نسبت به هرچهارپائی (جز آنچه که محمولهٔ آن مأکولات و غله بود) وصول می‌شد وصرف حقوق ومواجب راهداران می گردید که امنیت طرق و شوارع راحفظ می‌-کردند. معاملاتی که مردم درمحکمه انجام می‌دادند؛ بابت حق‌الکتابهٔ منشی محکمه طبق مقرراتی که قانون غازان معین کرده بود وجه نقدوصول می‌شد.

نکته - درعصر مغول دودوره از نظر قانونگزاری قابل ملاحظه است: یکی زمان چنگیز مؤسس این سلسله ودیگری غازان. درزمان هریك از این دو پادشاه ایران قطعه‌ای از یك امپراطوری بسیار وسیع بود وقوانینی که این دووضع نمودند بر سراسر امپراطـوری مـزبور حکومت می کرد: اینك اصـول کلی این دو قانـون را می‌بینیم:

۲۰۹ مکرر - الف - **یاسانامهٔ بزرك** - این‌نامه در حقیقت مجموعهٔ قـوانین موضوعه توسط چنگیز بود که از ظواهر امر چنین استفاده می‌شود که قوانین مضبوط در آن چندان قابل ملاحظه نبوده واین نکته مطلب ۲۱۵ را از هرجهت تأییدمیکند. عطا ملك جوینی سیاست مدار نامی عصر مغول در کتاب جهانگشای خود در بارهٔ یاساها (یا «یاسها») چنین می‌نویسد:

«.... بر وفق و اقتضاء رأی خود هر کاری را قانونی و هرمصلحت را دستوری نهاد «ودر گناهی را حدی پدیدآورد.

«چون اقوام تـاتـار را خطی نبوده است بفرمود تا از ایغوران، کـودکان مغولان

«خط آموختند و آن یاسها و احکام بر طوامیر ثبت کردند و آنرا (یاسا نامهٔ بزرگ) خواندند
«و در خزانهٔ معتبران پادشاهزادگان باشد بهروقت که خانی بر تخت نشینند ... در مصالح
«ملك و تدبیر آن شروع پیوندند آن طومارها حاضر کنند و بنای کارها بر آن نهند و تعبیهٔ
«لشکرها و محاربت (در بعضی نسخ تجارب و تخریب هم ذکر شده) بلاد و شهرها بر آن
«شیوه پیش گیرند.

مقررات مختلف یاسارا مطالب کم اهمیت تشکیل میداد از آن نمونه است قوانین ذیل:

یك ـ اصل آزادی عقاید مذهبی ـ در این مورد تاریخ جهانگشا چنین می نویسد:

«چون چنگیز متقلد هیچ دین و تابع هیچ ملت نبود از تعصب و رجحان ملتی بر ملتی
«و تفضیل بعضی بر بعضی مجتنب بوده‌است... چنانك مسلمانان را بنظر توقیر می نگریسته
«ترسایان و بت پرستان را نیزعزیز می‌داشته.

دو ـ نظامیان مکلف بودند هنگام صلح بشکار روند و مقرراتی برای شکار در یاسانامه ذکر شده‌بود که تخلف از بعضی از آن مقررات مستلزم مجازات چوب زدن یا اعدام بود؛ از این نمونه میتوان بطرز فکر اقوام وحشی و قوانین نابخردانهٔ آنها پی برد.

سه ـ راجع به ترکهٔ متوفی بدون وارث بنقل از جهانگشا مقرر بود که:

« اگر صاحب شغلی یا رعیتی متوفی شود آنچه از او بازماند اگراندك باشد و اگر
«بسیار، تعلق نسازند و هیچ آفریده تعرض آن نکند. و اگر وارثی نداشته باشد بشاگرد
«یا غلام او دهند. و بهیچ‌وجه مال مرده درخزانه نگذارند و آنرا بفال نیك ندارند.

۲۱۰ـ ب ـ **قوانین غازان** ـ بعکس یاساها که نشانهٔ کوته فکری و نابخردی اقوام مغول است قوانین غازان بعلت استفاده از فکر حقوقدانان و رجال اسلامی و ایرانی نسبتاً قابل ملاحظه استچه در امور دادرسی‌وچه در امور اقتصادی و تجاری که ازباب مثال بعضی از قوانین مزبور بعنوان ثبت در تاریخ حقوق برای سنجش تحولات در قانونگزاری (۱) دورهٔ دوم بشرح ذیل درج می‌شود:

---

(۱) Législation

مرور زمان سی ساله ـ بمنظور فصل خصومت در دعاوی راجع باملاك که جمعی باستناد اسناد ونوشتجات قدیمی علیه متصرف ملك ، طرح دعوی در محاکم می نمودند اززمان ملکشاه سلجوقی دستور داده شد که هرسند ملکی که سی سال از تاریخ صدور آن گذشته ودارندهٔ آن باستناد آن سند علیه متصرف ملك،مذکور در سند، اقامهٔ دعوی نکرده حق طرح دعوی باستناد چنان‌سندی را ندارد (رجوع شود بمطالب ۴۸۱ ـ ۴۸۲ ـ ۴۸۳) این قانون درحکومت سلاطین مغول‌هم وجود داشت ولی غالباً مورد مخالفت عملی و اجرائی حقوقدانان آن عصر واقع می‌شد، ووضع براین منوال بود تادرعصر غازان که پس‌از جلب نظر بعضی از حقوقدانان متنفذ وقت قدرتی بآن داده شد. مؤلف‌تاریخ غازانی دراین باب می‌نویسد :

« ... حکایت آنکه سلطان ملکشاه نوشته که دعاوی سی ساله‌نشنوند، ودرعهد «هلاکوخان ... هم بر آن‌موجب برلیغ نافذ گشت وبعد از آن‌درزمان اباغاخان وارغون‌خان «و گیخاتوخان‌امضاء آن‌حاصل گردانیدند لکن‌اثری‌از نفاذ آن بظهور نمی‌پیوست بدوسبب «یکی آنکه شرائطی چند شرعی وعرفی که در آن‌باب‌معتبراست در آن‌احکام مذکور نبود ؛وچون مطلقاً فرموده بودند که بعلت قبالات کهنهٔ سی ساله دعوی‌نشنوند مشروع «نمی نمودمهمل‌می ماند ،سبب‌دوم آنکه‌احکام یرلیغ را بایدحکام و پیشوایان جاری گردانند «وچون عموم ایشان می‌خواستند که املاك بسیار بوجوه اندك بخرند وجز بدین طریقه «ممکن نبود چگونه تمشیت منع آن‌معنی کردندی؛ بالضروره باآنکه‌خودعرضه‌می‌داشتند «آنرا مهمل می گذاشتند. پادشاه اسلام چون خواست که امضاءآن یرلیغ فرماید فرمود «تا سوادآن یرلیغ باتفاق و مشاورت قضات بزرگ عالم کامل و کافی، کنند و مرحوم «مولانا فخرالدین قاضی هرات که از فحول علماء روزگار... بود... وقاضی‌القضات‌وقت «درقسم انشاء بی‌نظیر، سوادآن یرلیغ را مشتمل برقیود وشرائطی چند که در آن‌باب «معتبراست نوشتند.. وفرمان شد تا در تمامت ممالك کسانی متقلد قضاء باشند که ... «استعدادآن کار خطیرداشته باشند ووجه معاش ایشان معین فرمود تا بدان متقنع باشند «و بهیچ علت هیچ چیز از کسی نستانند....

هیأت منصفه ـ شرکت اشخاصی که سمت قضائی نداشتند دربعضی از دادرسی‌ها بموجب فرمان غازان مقرر شده بود ، این هیأت‌از قضات وحکام ولایات

(که در تألیفات این دوره بآنها ملوك گفته می‌شد. این مطلب آنچه‌را که در مطلب ۱۵۲ گذشت تأیید می کند) ومنشیان دخل‌وخرج (یابیتکچیان) وعلویان ودانشمندان فراهم می‌شد ومحل جلسهٔ محاکمه در مسجد جامع شهر بود. در این باب مؤلف تاریخ غازانی عین فرمان غازان‌را چنین ضبط می کند:

«... دیگردعوی که میان دومغول یا میان یك مغول ویك مسلمان ودیگرقضایا که قطع «وفصل آن مشکل باشد فرمودیم تا درهر ماهی دو روز... ملوك و بیتکچیان و قضات «وعلویان ودانشمندان درمسجد جامع به دیوان المظالم جمع شوند و دعاوی به جمعیت «بشنوند وبکنه آن رسیده بموجب حکم شریعت بفیصل رسانند ومکتوب نویسند وسجل «کرده خطهای خود بگواهی بنویسند...

حق تنظیم اسناد معاملات

۲۱۱ ـ معاملاتی که محتاج به‌تنظیم سند بود درمحکمه باحضور قاضی‌صورت می گرفت، منشی محکمه سند معامله‌را می‌نوشت وفرمان غازان این بود که: اگر معامله تاصد دینار باشد یك‌درم حق تنظیم وتحریر سندرا دریافت می‌داشت اگر معامله زائدبرصد دینار بود یکدینار دریافت می‌داشت. مؤلف تاریخ غازانی در این مورد ازفرمان غازان چنین نقل‌می کند:

«... دیگرفرمودیم که قضات بعلت سجل ودعاوی برمعهود، دانگی توقع ندارند «ونستانند، بهرسومی که فرموده‌ایم قناعت نمایند. وآن کاتب که حجت نویسد بهرحجتی «که بمبلغ صد دینار باشد یك درم بستاند، وآنچه بالای‌صددینار باشد یك دینار بستاند

منشی محکمه

۲۱۱ مکرر ـ قضات مکلف به استخدام منشی برای محکمه بودند چنانکه غازان دریکی از فرامین خودبقضات چنین می‌نویسد:

«... دیگر باید که معتمدی متدین را نصب کند تا تاریخ حجت‌ها نویسد و روزنامه «داشته باشد و احتیاط تمام کند تا اگر کسی ملکی را فروخته باشد یا برهن نهاده و «باری دیگر بفروشد یا بگرو نهد روشن شود... اگر کسی چنین کرده باشد ریش آن «شخص بتراشند وگردشهر برآرند. تاریخ‌نویس نیزاگر از این قضایا چیزی فهم کند و «پنهان ومخفی دارد گناهکار ومردنی باشد.

تبصره ـ مستفاد از فرمان بالا ممنوع بودن «رهن مکرر» یك ملك است. غازان بمنظور جلوگیری از معاملهٔ مجدد یك ملك دستورداد که هرکس می‌خواهد ملکی را بفروشد بایدبه محکمه برود وملکیت خودراوسیلهٔ بینه اثبات کند، سپس آنرابفروشد،واگر سند (تمسك) داردآنراهم بمشتری بدهد ونزد قاضی اقرار ببطلان هرنوع قباله‌ای که بعد ظاهر شود بکند. قاضی باید این دعوی را مشروحاً مسجل کند و«تمسك» آنرا ذیل آن سجل قلمی نماید.

وحدت مسکوکات و اوزان و مقادیر

غازان در آغاز جلوس خود متوجه شد که مسکوکات گوناگون واوزان و مقادیر مختلف درنقاط ایران وجود داردوباین ترتیب ضعف وسستی درروابط تجاری پدید آمده است، بدستور وی مقرراتی راجع به مسکوکات‌واوراق ومقادیر برقرار شد تاسکهٔ واحد واوزان متحد (مطابق وزن معمول تبریز) در سراسر کشور رائج و مستقر گردید.

چگونگی نشر قوانین و مقررات

۲۱۲ ـ در مورد قوانینی که خطاب بمأموران دولت بود نسخه‌ای از آن‌قانون برای آنان ارسال ورسید اخذ می‌شد، ودر مورد قوانینی که باید باطلاع مردم برسد (مانند قوانین مالیات وعوارض راهداری) روی پلاکهای‌سنگی یا فلزی حك می‌شد ودر آبادیها وراهها نصب می گردید تا باطلاع مردم برسد دراین باب متن یکی از فرمانهای غازانی چنین میگوید:

«چون پیش‌ازاین عوانان وظالمان باضعاف آن اموال باسم اخراجات وعوارض..
«می‌ستدند واکثرخود وعمال... می بردند وفائده‌ای از آن بدیوان و بیت‌المال نمی‌رسید
«بلکه متضمن خلل وخرابی ملك وتلف‌مال بود. کسانی که اموال‌دیوانی بمقاطعه وضمان
«قبول می کردند غرض ایشان آنکه متصرف شوند وهرآنچه خواهند کنند و اضعاف‌مال
«مقاطعه می‌ستدند وجزوی ازاجزای آن اداء نمی کردند... اکنون‌چون بیاری حق‌تعالی

«میسر شد ... که مفصل اکثر مواضع ممالك که هرگز در هیچ عهد ننوشته اند و دفاتر و نسخ آن
«جمع نکرده قانون آن دیه بدیه مفصل نوشتند و اموال آن مواضع مقرر و معین کردند... چون
«بموجب قانون دیه بدیه و موضع بموضع مفصل و مقرر و مقنن گشته تمامت کتب ولایات را در کتب
«خانه که متصل گنبد و خانقاه و ابواب البر است.. جمع گردانند و بمعتبران سپرده و مرسوم ایشان
«داده و هر مشکل که من بعد افتد از آنجا مطالعه نمایند و اگر کسی را شرط نامه‌ای یا لوحی
«که داده شده است ضایع گردد نسخه‌ای از آن جا بدهند... و نسخه‌ای از آن در دیوان
«بزرك و یکی در هر ولایتی. و شرط نامه‌ها در دست قضات و ارباب و رعایا نهاده، فرمودیم
«تا بموجبی که مقنن گشته در هر دیهی و موضعی بر تخته‌ای یا سنگی یا صحیفهٔ مس و آهن
«هر کدام که ایشان خواهند بنویسند و بر آن نقش کنند، و اگر خواهند بگچ کرده و بر در
«دیه یا مسجد یا مناره... بنویسند. و از آن یهود و نصاری بر در معابد، و در دیه و موضعی
«که خواهند؛ و از آن صحرانشینان میل بسازند بموضعی که صلاح دانند... و رعایای هر
«دیهی و موضعی و هر صنفی را که در آن ولایات مال و متوجهات معین شده الزام کنند تا
«بزودی هریك در مدت بیست روز تمامت بموجب قانون آنچنان که ذکر رفته بگچ و میخ
«بر مواضع مستحکم بکنند چنانکه سالهای بسیار بماند و هیچ آفریده تغییر و تبدیل نکند.

نکته ـ مقصود از قانون در این فرمان، مقررات کلی و جزئی مالیات بود که بر سنگها یا صحیفه‌های فلزی یا در و دیوار معابد یا شهرها می‌نوشتند و در هرصورت میتوان قسمی از انتشار قانون را در آن یافت.

تبصره

۲۱۳ ـ مطلب بالا تا اندازه‌ای مسألهٔ کیفیت نشر قوانین موضوعه را در ادواری که صنعت چاپ وجود نداشته حل می کند؛ و این حدس را بوجود می آورد که در ادوار مشابه عصر غازان هم مسالهٔ نشر قوانین شبیه وضع بالا بوده است (۱) ثبت مفاد وقف‌های عمومی بر سنگها و کاشی‌ها و صفحات فلزی هنوز هم تا عهد ما معمول بوده است و اخیرا صنعت چاپ و اوضاع دیگر حقوق جدید مانند قوانین ثبت بآن ترتیب خاتمه داده است.

---

(۱) چنانکه گفته اند قانون حمورابی بر سنك نوشته شده بود که در سال ۱۹۳۱ در حفاری های شوش بدست آمد سنك مزبور بجدول هائی تقسیم شده که قانون را بخط بابلی بر آن نوشته اند. ولی معلوم نشد که نوشتن بر سنك برای حفظ قانون بود یا برای نشر قانون

۲۱٤ ـ پس از انقراض عباسیان عـواملی بـوجود آمد که بسلاطین مغول (و سلسله‌های مشابه آن) اجازه می‌داد که درزمینهٔ وضع قوانین گام‌بردارند این‌عوامل عبارت بود از :

الف ـ سلاطین مغول اساساً بت‌پرست بودند بنابراین خـودرا مقید بپاره‌ای اصول که عباسیان پابند آنها بودند نمی‌دیدند بهمین‌جهت وضع قانون طبعاًبنظر آنها مطلبی عادی بود.

ب ـ حقوقدانان مسلمان که سلسله جنبان وحامی قوانین جاری روز بودند غالباً مغول را غاصب مقام «ریاست عامه» می‌شمردند واز حشر ونشر بـا آنان خودداری می کردند ، بنابراین وقتی که غازان وامثال او نمی‌توانستند مانند عباسیان ازقوانین مالی اسلامی بهره‌مند شوند ناچاربودندکه برای تهیهٔ پول‌ومال‌که لازم است‌مقررات مالی جدید تهیه کنند ومتعرض خمس‌وزکوة وعوائد اراضی خراجی (مطلب شمارهٔ ٦٤) نشوند وبرهمین قیاس قوانین دیگر وضع نمایند .

۲۱۵ ـ نکته ـ نبایداز نظردورداشت که قوانین‌موضوعهٔ‌عصر مغول‌وتیموریان هرچندکه ظاهراً بنام غازان یاتیمور یافلان وبهمان‌بود نمی‌توان گفت که فکرایرانی در تهیه وتنظیم آنها بهیچ‌وجـه دخالت نداشته است (مخصوصـا بـاتوجه بمطلب ۲۰۹مکرر).

عناوین رسمی

۲۱٦ ـ فهرست مفصل عناویـن و مشاغل رسمی این عصر بدست نیامد ولـی می‌توان‌بقرینهٔ تشابه وضع‌زندگی‌مغولان وتیموریان اطلاعات‌لازم‌را از مباحث‌مربوط به‌تیموریان‌که مشروح‌تر است بدست آورد . مناسب‌است‌که ازچهار عنوان رسمی که در تاریخ این عصر دیده شده ذکری شود :

۲۱۷ ـ **شحنه** ـ فرمانده لشکری که درحوزهٔ‌حکومت یك حاکم مستقر شده

بود عنوان شحنه راداشت (۱) باین ترتیب ممکن بود حوزهٔ صلاحیت شحنه ، شهر یا مملکت (بمعنی مصطلح درحقوق اداری دورهٔ دوم) باشد.

اهل لغت معنی دیگری برای آن ضبط کرده‌اند که‌چون ازفن آنان خارج‌است زیاد مورد اطمینان‌نیست .

۲۱۷ مکرر - **بیتکچی** - منشی جمع وخرج مالیات را می گفتند که دراین عصر اهمیت قابل ملاحظه ای داشتند . مستوفیان دورهٔ صفویه وقاجار جانشینان این منشیان هستند .

راهداران

۲۱۸ - این طبقه وضعی نظیر ژاندارم کنونی داشتند و عهده‌دار امنیت طرق و شوارع بودند . واز عوارضی که‌طبق مقررات دولتی وصول می‌داشتند حقوق‌ومواجب آنان داده می‌شد ، مقررات مزبور را برسنگها وگچ‌ها نوشته بودند تا راهداران دستاویزی برای‌زیادتر گرفتن مالیات نداشته باشند ، راهداران مسئول سرقت اموال مسافرین بودند مگر اینکه دزدراگرفته وتسلیم محاکم نمایند (مطلب۲۰۸) مؤلف تاریخ غازانی دراین مورد چنین‌می‌نویسد :

«... فرمود تادرتمامت راهها بهرموضع که مخوف باشد راهداران معین بنشینند «بهرچهارسر درازگوش که باربستهٔ کاروان باشد نیم‌آقچه(۲) وبهر دو سر شتر نیم «آقچه باسم‌باژ بستانند.. وازچهارپایان تهی‌وآنچه مأکولات وغله نقل کنند هیچ‌چیز «نستانند. واگر قطع (سرقت) افتد هرراه‌دار که بآن‌موضع نزدیکتر باشد دزدرابدست «آورد والاّاز عهدهٔمال بیرون آید. وبرین موجب‌حجت ازتمامت بازگرفتند.

«فرمود تا احتیاط کرده در مواضع ضروری میلها بسنك و گچ بسازند و لوحی که «ذکرعددراهداران آن‌موضع‌وشرائط یاساق که دراین باب معین است برآنجا نوشته

---

(۱) درزبان عربی بمعنی پلیس ونیز بمعنی «متصدی‌امری ازامور شهر» وهمچنین «والی از طرف سلطان» آمده است . در اصطلاحات عامیانه بمعنی «امیر» بکار رفته است .

(۲) آقچه بمعنی نقره است که درآنعصر واحد پول بوده است.

«باشند درآن میل محکم کنند تا بیرون از آن مواضع وعدد معین منشینند وزیادت مقرر نستانند وآنرا نام لوح عدل است ....

ملوك

۲۱۸ مکرر ـ بـه حکام ولایـات گفته می شد. باین ترتیب این اصطلاح بجای «سلطان» که قبل از این عصر استعمال می شد (مطلب شمادهٔ ۱۵۲) بکار می رفت ولی ظاهرا ملوك این دوره سمت دادرسی را تصدی نمی کردند.

قسمت دوم

حقوق اداری درعصر تیموریان

الف ـ وزراء

ب ـ منشی حضور

ج ـ مجلس نویس

د ـ نویسندهٔ کارخانجات سلطنت

ه ـ مشاغل نظامی

و ـ قضات شرعی وقضات عرفی (قاضی احداث)

ز ـ تقسیمات کشوری

ح ـ حکام ـ والیان

ط ـ وزراء ولایات

ی ـ راهداران

ك ـ حقوق مأموران دولت

۲۱۹ ـ در حقوق اداری ایندوره مانند دوران عباسیان و امویـان و صدر اسلام وزیر در تشکیلات مرکز وولایات وجوددارد چنانکه بعداً خواهیم دیـد این وضع درعصر صفویه‌هم وجودداشته است . ولی بعکس دورهٔ عباسیان وقبل‌ازعباسیان که تعداد وزراءدر مرکز از دونفر تجاوز نمی کرد دردورهٔ تیموریان تعداد آنان‌در مرکز بنا بمندرجات تزوک تیموری (۱) بهفت نفر می‌رسد . چنانکه بعداً خواهیم دید سلاطین صفوی‌هم ازسازمانهای اداری‌تیموریان تقلید فراوان کرده وتعداد وزراء صفویه و صلاحیت وحتی اسامی وعناوین آنان‌هـم کـم وبیش از تیموریان اقتباس شده‌است .

۲۲۰ ـ درعصر عباسیان وزیر دارای مشاغل مختلف وگوناگون بود (مطلب شمارهٔ ۱۶۸مطالعه‌شود) و حال اینکه از عصرتیموریان‌ببعد براساس تقسیم کارهریك از وزراء کار مخصوصی‌را تصدی می‌نمودند وبنابراین حقوق اداری تیموریان‌نسبت بعصر عباسیان روبه ترقی وتوسعه‌می‌رفته است .

---

(۱) کتاب‌تزوك تیموری یاتیمور نامه‌درحقیقت مجموعهٔ‌خلاصه‌ای ازقوانین‌موضوعه بوسیله تیمور است کـه بعضی مباحث اخلاقی و تاریخ مختصر نهضت تیمور را هـم دربر داردظاهر کتاب آنست که خودتیمور آنرانوشته ولی شاید صحیح آن باشد که از زبان تیمور نگارش یافته‌باشد چه‌نویسندهٔ آن‌شخصی است تحصیل کرده که در دستگاه اداری مملکت مقام مهمی داشته‌است از سبك نثر آن معلوم است که انشاء آن در عصر تیموریان تهیه‌شده است چه‌فارسی آن‌روان وجملات آن کوتاه وبدون سجع وقافیه است وهنوزهم بسیاری‌ازلغات خالص‌ایرانی که درلهجه‌های شیر بن گیلگی وامثال آنهاموجود است دراین کتاب دیده‌می‌شود، وهیچ اثری از انشاء مهوع عصرصفوی دراین کتاب دیده نمیشود.

متاسفانه نسخهٔ‌چاپ هندمغلوط است رواست که افاضل کشور که حظی‌از تاریخ و حقوق داشته باشند این کتاب رابـا تصحیح وتحقیق وحواشی بچاپ برسانند چه بنظر نگارنده اهمیت‌آن بیشتر ازتذکرة‌الملوك وتتبعات‌بعضی‌از خاورشناسان دراوضاع‌اداری عصرصفوی است‌تزوك تیموری‌بسیاری‌از مبهمات‌حقوق اداری صفویه راحل خواهد نمود.

۲۲۱ - **دیوان حضور**- این عنوان درحقیقت ازیك سازمان اداری عصرتیموری حکایت می کند که بسیار شباهت به «وزارتخانه» دارد نهایت اینکه وزراءمرکز بطور دسته جمعی «دیوان حضور» را تشکیل می دادند(۱)

ریاست دیوان حضور(۲) با **دیوان بیگی** بوده است در تزوك مـی نویسد: «این هفت وزیر تابع دیوان بیگی باشند که مهمات و معاملات امور مالی را بـاتفاق دیوان بیگی انجام داده بعرض رسانند»

۲۲۲ - نکته- معلوم نیست که دیوان بیگی عنوان وزیرهم داشته یانه ولی مسلم است که سمت وی فوق وزارت بوده است دراین صورت بالطبع باید وزیرباشداین مطلب درحقوق اداری صفویه دیده نشده است ولی عنوان دیوان بیگی بعنوان یـك محکمهٔ عرفی (۳) درتألیفات مؤلفان تاریخ اوضاع اداری صفویه دیده شده است (مطلب شمارهٔ ۲۵۵)

۲۲۳- **وزراء دیوان حضور**- تعداداین وزراء درتزوك تیموری گاهی چهارو گاهی هفت ضبط شده است که عدد اخیر درست تر بنظر می رسد. وزراء باین شرح بودند:

---

(۱) بنظر میرسد کـه مندرجات تزوك تیموری در مورد اعضاء دیوان حضور بعلت اغلاطی که درچاپ کتاب رخ داده تااندازه ای ایجاد ابهام کرده باشد.

(۲) چون این دیوان درمرکز (یعنی درمحل حضورشاه) قرار داشت بهمین جهت آنرا دیوان حضور می گفتند درمقابل دیوان حضور، دیوانهائی بود که درولایات (خارج از مرکز) تشکیل شده بود. دیوان حضور رادرعهد عباسیان «دیوان سلطنت» می گفتند (مطلب شماره ۱۹۱)

(۳) بنظر می رسد که عنوان «دیوان بیگی» که اساساً اسم شخص و بمعنی رئیس دیوانست در تزوك تیموری درست بکار رفته باشد. ولی دادن این عنوان بعالیترین محاکم عصرصفوی آیاحاکی از یك تحول درحقوق اداری مامی باشد؟ ظاهر این است که تحولی صورت گرفته است ولی کیفیت این تحول مجهول مانده است.

اول - **وزیر مملکت**(۱) **ورعیت** - صلاحیت این وزیر عبارت بود از:

الف - رسیدگی باوضاع عمومی کشور ورعیت وعمران و آبادی مملکت

ب - نگهداری حساب عوائد مملکت.

بطور تقریب وی جامع صلاحیت وزیر کشوروو زیر دارائی بوده است.

۲۲۴- دوم - **وزیرسپاه** - صلاحیت وی عبارت بود از:

الف - رسیدگی بامور مالی لشکر

ب - تهیهٔ اطلاعات مربوط به لشکر و گزارشهای لازم جهت اطلاع سلطان.

نکته - فرمانده کل لشکر را «امیرالامراء» می گفتند که بر تمام ارتش ریاست داشت واز این نظر رسما نایب شاه محسوب می‌شد. امیرالامراء غیراز «وزیرسپاه» بود وظاهراً اهمیت مقام وی فوق مقام «وزیرسپاه» بوده است.

مؤلفان تاریخ اوضاع اداری عصر صفوی «قورچی باشی» (مطلب شمارهٔ ۲۴۸) را «امیرالامراء» ووزیر جنگ می‌دانند درصورتیکه نظر آنان خالی از اشتباه باشد باید معتقد به یکنوع تغییر وتحول درمورد مزبور شد.

۲۲۵- سوم - **وزیر کارخانه‌های سلطنت** - صلاحیت وی عبارت بود از رسیدگی بخرج ودخل خزانه ودواب (ظاهرا مقصوداز خزانه دراین‌جا «خزانه» بعنوان یکی از بیوتات سلطنتی است نه اینکه رسیدگی بحساب عوائد کشور درصلاحیت این وزیر بوده است).

کارخانجات سلطنت که نویسندگان بیذوق عهد صفوی با لغت نادرست عربی آنهارا «بیوتات سلطنتی» نامیده‌اند (وهنوزهم در استعمالات زبان فارسی باقی مانده) بهمان وضع که درعهد تیموریان موجود بوده مورد تقلید واقتباس صفویه قرار گرفته است (مطلب شماره ۲۵۰).

---

(۱) مملکت دراینجا بمعنی قلمرو استعمال شده است. اصطلاح «وزیر مملکت» هرچند بااصطلاح «وزیر کشور» درعصر کنونی قرابت دارد ولی عین آن نیست.

۲۲۶ ـ چهارم ـ **وزیر سرحدها و مملکت خالصه** ـ در تزوک تیموری راجع بصلاحیت این وزیر چنین نوشته شده : «امر نمودم وزیر بر سرحدها و مملکت خالصه تعیین نمایند که سر رشتهٔ معاملات مالی وولایات نگهدارد.» از این عبارت آنطور که باید صلاحیت وی بدست نمی آید.

۲۲۷ ـ پنجم ـ وزیری که نسبت بامور متفرقهٔ ذیل صلاحیت داشت:

الف ـ نگهداری اموال غایب و متوفی وفراریان. وی می بایست این اموال را بطور امانت نگهدارد واموال غایب واموات را بوراث آنان برساند. از این مطلب استفاده می‌شود که احکام موت فرضی را برای غایب مفقودالخبر (در اصطلاحات جدید بغلط غایب مفقودالاثر گفته شده است) می‌شناخته‌اند.

ب ـ گرفتن عوارض مخصوص از مسافران واز مواشی وچراگاهها.

۲۲۸ ـ ششم ـ **عرض بیگی** ـ ظاهر عبارات تزوک تیموری این است که یکی از وزراء دیوان حضور «عرض بیگی» باشد. عرض بیگی یا رئیس عرائض بنقل تزوک تیموری کسی بود که: احوال سپاه ورعیت ودادخواهان وخرابی ومعموری ملک و آنچه از مهمات که فیصل می‌یافت بعرض شاه می‌رساند.

مندرجات تزوک تیموری نسبت بوزیر هفتم کاملا مبهم است و از قرائن و امارات استفاده می‌شود که «صدرالصدور» ازوزراء دیوان حضور بوده باشد (۱)

۲۲۹ ـ هفتم ـ **صدرالصدور** ـ در تزوک نوشته است: «امر نمودم که صدرالصدور، سیورغالات سادات وارباب وظائف واوقاف بعرض رساند» صریحتر از این

---

(۱) درعصر صفویه «صدر» و«شیخ الاسلام» دوقاضی عالی رتبه محسوب می‌شدند (مطالب شمارهٔ ۲۵۳ ـ ۲۵۵). صدر باین معنی درعصر تیموریان هم‌وجود داشته است ومقام وی صرفاً مقام قضائی بود برخلاف صدرالصدور که تااندازه‌ای از نظر صلاحیت شبیه به «وزیر اعظم» درعصر صفویه است (مطلب شمارهٔ ۲۴۷)

این در آن کتاب چنین نوشته شده است :

« یکی از سادات ذیقدر را به « صدارت » اهل اسلام مقرر کردم که:

« ضبط اوقاف نماید ومتولیان تعیین کند.

« وبهرشهروبلدی اقضی القضات ومفتی و محتسب معین سازد.

« وسیورغال ووظائف از برای سادات وعلماء ومشایخ وارباب استحقاق مقرر گردانند.

«وقاضی از برای عسکروقاضی از برای رعیت نصب نمودم.

« بهرمملکتی (شیخ الاسلام) فرستادم که اهل اسلام را ازمعاصی بازدارد وامر بمعروف کند(۱)

« امر نمودم که(صدر) و(قاضی) مهمات شرعی ممالك محروسه را بعرض من رسانیده...و

« وامیر عدل تعیین نمودم که (مرافعات عرفی) سپاه ورعیت را بعرض رساند.

منشی محرم

۲۳۰ ـ دراین مورد در تزوك می نویسد : «دستوردادم منشی محرم که صاحب اسرار است حاضر باشد »وی مطالب سری ومشورتهای سری را یادداشت میکرد.

اصطلاح «منشی حضور » در حقوق اداری قاجار ناشی از اصطلاح قدیمی «منشی محرم» است . اصطلاح «منشی محرم» در مقابل اصطلاح «مجلس نویس» است چه مجلس نویس منشی درمجالس بود ومطالب غیر سری رایادداشت میکرد .

مجلس نویسان

۲۳۱ ـ در اصطلاحات اداری عصر صفوی آنان را «واقعه نویس»هم میگفتند و حتی مقام وزارت برای آنان قائل شدند (مطلب شماره ۲۵۱) .

بنقل از تزوك تیموری: مجلس نویسان نوبت بنوبت در «دیوان مجلس»حاضر شده ومهمات معاملاتی که فیصل می یافت صورت واقعه را نوشته وبایگانی می کردند آنان باید آنچه که بعرض شاه رسد وشاه حکم کند وامور کلی وجزئی را بقلم آورند .

---

(۱) از این عبارت معلوم می شود که «شیخ الاسلام» قاضی کیفری بوده است و امور حسبی را تصدی می نموده است.

نویسندهٔ کارخانجات سلطنت

۲۳۲ ـ در تزوک تیموری چنین آمده است که : برای هر کارخانه از کارخانه‌های سلطنت نویسنده‌ای تعیین شد که اخراجات و مداخل ومخارج یومیه را می‌نوشت .

بنظر می‌رسد که شغل «صاحب جمع» که درحقوق اداری عصر صفوی دیده‌شده (مطلب شماره ۲۴۹) همین سمت باشد که صفویان آنرا از سازمانهای تیموریان اقتباس نموده‌اند .

نکته ـ عنوان صاحب‌جمع درحقوق اداری عصر مغول درمعنی دیگری دیده شده است چنانکه مؤلف تاریخ غازان مفاداً چنین می‌نویسد : در هر ناحیه ای از طرف مرکز مأمور عالی رتبهٔ دولت فرستاده می‌شد تا مردم مالیات دولت را باو تسلیم‌دارند اوحق داشت که حوالجات دولتی‌را که مأموران‌دولت یا صاحبان‌مستمری دردست داشتند در محل وصول مالیات بپردازد ومازاد را به‌خزانه می‌فرستاد این مأمورعالی‌رتبه راصاحب‌جمع می گفتند.

مشاغل نظامی

۲۳۳ ـ حکومت درعصرتیموریان (وبالنتیجه دراعصار مشابه آن مانندعصر مغولان وصفویان وغیره) تقریباً دردست نظامیان بود حتی مطابق مقررات ترفیعات نظامی، کسی که فرمانده فوج ده‌نفری بود می‌توانست در صورتیکه فوجی از افواج دشمن‌را مغلوب کند بمقام «حکومت شهر» برسد وبهمین روش فرمانده فوج‌صدنفری اگر فوج دشمن را مغلوب می کرد والی مملکت(ایالت یاولایت) می‌شد !

قسمت اعظم مندرجات‌تزوک تیموری‌مربوط بمشاغل‌ومناصب ومزایاوترفیعات نظامیان است اساساً قشون از قبائل‌تهیه می‌شد وامراء قبائل ، فرماندهان نظامی و صاحبان مناصب وحقوق بودند .

۲۳٤ ـ تشکیلات نظامی ـ هرده نفر نظامی یك رئیس داشتند که «اون باشی» نامیده می‌شد ، هریك از افراد تابع اون‌باشی را «تابین»می گفتند. برهرده اون‌باشی یکنفر ریاست داشت بنام «یوزباشی» وبرهرده یوزباشی یك‌نفر ریاست می کرد بنام «مین باشی» یا «امیر هزاره» .

هرگاه یکی از تابینان فوت یافرار می کرد اون‌باشی یك‌تابین جدیداستخدام می‌نمود، واگر یك اون‌باشی‌فوت‌یافرار می‌نمودیوزباشی‌یك‌اون‌باشی جدیداستخدام می‌کرد ، واگر یك یوزباشی فوت یا فرار می گرد مین‌باشی یك یوزباشی استخدام می‌نمود .

۲۳۵ ـ در تمام لشکر سیصدوسیزده نفر «امیر» وجودداشت و هر امیری یك امیر بعنوان احتیاط داشت بنام «منتظرالامارة» که هروقت حادثه ای رخ می‌دادبجای امیر مشغول کار می‌شد .

در تمام سیصدوسیزده امیر مزبور چهار نفر سمت «بیگلربیگی»(۱)داشتند که مافوق سایر امراء بودند، ویکنفر برتمام امراء ارتش (۲) ریاست‌داشت که‌اورا «امیرالامراء» می گفتند وی نایب شاه بود(درحقیقت بزرگترین فرمانده نظامی شاه بود) .

۲۳٦ ـ بین امراء ارتش سلسله مراتبی‌بشرح ذیل وجودداشت :

امیر اول ـ شخصی که عنوان امیراول‌داشت امیر هزار سرباز بود. باین‌ترتیب حد اقل لازم برای امارت این‌بودکه سمت «مین‌باشی» داشته باشد.

امیردوم ـ امیر دوهزار نفر

امیر سوم ـ امیرسه هزارنفر

وبرهمین قیاس تاامیر دوازدهم که امیر دوازده‌هزار نفر بود. درحقیقت رتبهٔ

---

(۱) مؤلفان‌این عنوان را در عصرصفویه بمعنی «حاکم ولایت» بکار برده اند .

(۲) هنوزهم لفظ «امراء ارتش» درمحاورات کنونی‌ما مانده است.

امراء از رتبهٔ یك شروع و برتبهٔ دوازدهم پایان می‌یافت . امیر اول نائب امیر دوم بود وامیر دوم نائب امیر سوم وقس علیهذا .

۲۳۷ ـ بهادر ـ کسی که فوجی را درهم می‌شکست یا ناحیه‌ای را بتصرف درمی‌آورد عنوان نظامی «بهادر» باو داده می‌شد . بهادران اگر درجنگی شرکت میکردند عنوان «اون باشی» می گرفتند .

هرگاه امیری ملکی را مسخر می کرد یالشکری راشکست می داد علاوه برگرفتن عنوان بهادری عضو شورای سلطنتی می‌شد وامارت یکی ازولایات سرحدی رامی‌یافت (۱)

۲۳۸ ـ نکته ـ چنانکه سابقاً اشاره کردیم هر «اون باشی» که فوج شکنی میکرد بسمت «حاکم شهر» منصوب می‌شد وهر «یوزباشی» که چنین عملی می کرد « والی مملکت» می‌شد . ولی هر امیری که فوج شکنی می کرد یك رتبه ترفیع می‌یافت مثلا امیر اول بمقام امیر دومی می‌رسید وامیر دوم بمقام امیرسومی ، ازاین وضع استفاده می‌شود که مقام «امیر لشکر» (که حداقل آن مقام «مین باشی» بود) مـا فوق مقام حاکم شهر و والی مملکت بوده است. این نکته مؤید مطلبی است که درشمارهٔ ۲۳۳ بیان نمودیم .

قضات شرعی ـ قضات عرفی

۲۳۹ ـ دراین عصر دو نوع قضات وجودداشتند : شرعی وعرفی وقطعاسازمانهای قضائی صفوی از تشکیلات قضائی عصر تیموری متأثر شده است . قاضی عرفی را در این عصر «قاضی احداث» نیز می نامیدند چنانکه در تزوك تیموری می نویسد :

---

(۱) در کتیبه‌ها و نوشتجات مانده ازدوران صفوی عنوان« بهادر»درمقابل بسیاری ازاسامی رجال عصر قرار داده شده است ومعلوم نیست که این عنوان بهمان معنی عصر تیموری بکار می‌رفته است یانه. ولی اصطلاح عامیانهٔ «بزن بهادر»(که باشخاص قوی اندام که‌ضرب‌دست دارند گفته‌میشود) یادگاری ازاستعمالات عصر تیموری‌است.

«آنچه امور شرعی باشد قاضی اسلام در آنها حکم نماید و آنچه عرفی باشد قاضی احداث تحقیق کرده بعرض من رساند.» در جای دیگر می نویسد: «هر گاه تخلفی باشد در دیوان قاضی اسلام و قاضی احداث اجلاس نموده آنچه امور شرعی است قاضی اسلام در آنها حکم نمایدو آنچه عرفی باشد قاضی احداث تحقیق کرده بعرض من برساند». معلوم می‌شود که قاضی شرعی در امور کیفری هم رسیدگی می‌کرده است چنانکه قاضی احداث هم در پاره ای از امور کیفری حق رسیدگی داشته‌است(۱)

تقسیمات کشوری

۲۴۰ ـ درحقوق این عصرمملکت بقسمتی کوچکتر ازتمام قلمرو گفته‌می‌شدو وضعی‌نظیر «استان» دراصطلاحات حقوق اداری کنونی داشته است. آنچه‌از تقسیمات کشوری که مسلم‌بودشهر ومملکت است یعنی‌قلمرو کشور بچند مملکت‌وهر مملکت بچندشهر تقسیم‌می‌شد.

حکام ـ والیان

۲۴۱ ـ حکام در اصطلاحات حقوق اداری ایندوره بکسانی گفته می‌شد که امور عمومی «شهر» را اداره‌می کردندووالیان بکسانی گفته می‌شد که همین سمت‌را در «مملکت» داشتند.

---

(۱) تفکیك محکمه شرعی وعرفی درطول دورهٔوسطی درهمهٔ‌نقاط اسلامی اعم‌از ایران وغیره یك رسم متداول بود. ابن بطوطه درسفر نامهٔ خود وضع قضائی یکی‌از ملوك‌الطوائف شرق نزدیك راچنین می نویسد:

«ویقعد القاضی والوزراء وکاتب السر واربعة من کبار الامراء للفصل بین‌الناس «و اهل الشکایات فماکان متعلقاً بالاحکام الشرعیه حکم فیه القاضی ، وماکان من‌سوی «ذالك حکم‌فیه‌اهل‌الشوری وهم‌الوزراء والامراء. صفحهٔ ۱۹۰

وزراء ولایات

۲۴۲ ـ چنانکه در مطلب ۲۱۹ بیان شد درولایات نیز وزراء وجود داشتند مندرجات تزوك تیموری‌نسبت بتعداد وزراء ولایات صریحتر از منابع حقوقی دیگر است که راجع بوزراء ولایات دردورهٔ دوم تاریخ حقوق ما مطالبی نوشته‌اند. اساساً در هر ملکی ومملکتی سه‌وزیر معین‌می‌شد :

الف ـ شخصی که متصدی نگهداری حساب عوائد حاصله از رعیت بود.

ب ـ شخصی که حساب مواجب و حقوق سپاهیان مقیم آن مملکت‌راداشت.

ج ـ شخصی که سمت وزیرمذکوردر مطلب شماره۲۲۷را در حوزهٔ مملکت‌دارا بود. از پاره‌ای مندرجات تزوك تیموری استفاده می‌شود که هر ولایتی که بعنوان «تیول» به‌امیری داده می‌شد دووزیر بیشتر نداشت واین دووزیر ظاهراهمان‌وزراء مذکور در فقرات (الف ـ ب) می‌باشند.

راهداران

۲۴۳ ـ ترتیب راهداری وامنیت طرق وشوارع دراین عصر بهمان‌ترتیبی‌است که درعهدمغولان(مطلب شمارهٔ ۲۱۸) برقرار بوده است. درراهها بمقدار هر منزل رباطی (۱) ساخته بودند که محل‌زندگی‌راهداران ومستحفظان‌راهها‌بود. راهداران مسئول‌سرقت‌اموال مسافران بودند.

حقوق مأموران‌دولت

۲۴۴ ـ حقوق مأموران دولت رابصورت جنسی ونقدی‌ویاتیول از محل‌عوائد

---

(۱) دراین رباطات معمولا اسبهای دولتی وجود داشت وسواران چابك درآنجا مأمور ارتباطات (شاید عنوان«رباط» باین معنی نظرداشته باشد وممکن‌است ازعنوان «رباط خیل» بمعنی «اسب بستن» گرفته شده باشد) بودند.

عمومی (۱) می‌دادند. هر ناحیه‌ای که به‌تیول داده می‌شد پس از سه‌سال بوضع آن رسیدگی بعمل می‌آمد اگر آن تیول آباد و رعایا راضی بودند تیول را در دست تیولدار می‌گذاشتند والا از او می‌گرفتند و سه‌سال بوی حقوق نمی‌دادند. بنابه مندرجات تزوك تیموری برای سپاهیانی که بعلت کبر سن از کار افتاده بودند حقوق تقاعدی داده می‌شد.

---

(۱) بنقل از تزوك تیموری هر مملکت که مسخر می‌شد اگر رعایا طبق جمع قدیم مالیات می‌دادند بموجب همان قانون با آنان رفتار میشد و اگر رعیت راضی بدادن مالیات طبق قوانین مالی قدیم نبود طبق تزوك (قانون تیموری) مالیات می‌دادند. خراج جنسی واز جنس محصول، و برابر ثلث محصول بود مگر اینکه خود زارع حاضر می‌شد که قیمت ثلث مزبور را نقداً بدهد درصورتی که رعایا تمایل نداشتند که بترتیب فوق عمل شود بمساحت مالیات میگرفتند: یعنی درجریب اول سه‌خروار ودرجریب دوم دو خروار و در جریب سوم یك خروار گرفته می‌شد که نصف آن گندم و نصف آن جو بود در صورتی که به‌این ترتیب هم تمایل نداشتند برابر یك‌خروار گندم پنج مثقال نقره و برابر یك خروار جو دو مثقال و نیم نقره می‌دادند وموظف بودند که بعنوان «پیشکشی قلعه» هم اضافه برمالیات مقرر بدهند (این پیشکش هنوز هم بین زارع و صاحب زمین در بسیاری از نقاط ایران وجود دارد).

فصل چهارم

حقوق اداری درعصر صفویه

قسمت اول ـ وزراء

قسمت دوم ـ اطلاعات قضائی ونظامی

قسمت‌سوم ـ حقوق کارمندان دولت

قسمت اول

وزراء

الف ـ مقدمه

ب ـ اطلاعات عمومی راجع به‌وزراء

ج ـ وزیر اعظم (وزیردست راست)

د ـ قورچی باشی

ه ـ ایشیك آقاسی باشی

و ـ وزیر بیوتات

ز ـ مجلس نویس (وزیر دست چپ)

ح ـ مستوفی الممالك

مقدمه

۲۴۵ ـ حکومت صفویه دنبالهٔ حکومت مغولان وتیموریان قرار گرفته واز نظر تشکیلات اداری کاملا وارث وپیرو آنها است بطوری که برای فهمیدن اوضاع اداری عصر صفوی هیچ چیز بهتر از مطالعه وبررسی اوضاع اداری عصر مغول و مخصوصاً عصر تیموریان نیست بلکه می‌توان گفت فهم کامل ودرست اوضاع اداری صفویه بدون مطالعهٔ اوضاع اداری عصر مغول وتیموریان امکان ندارد. مطالعهٔ کتبی که از اوضاع اداری عصر صفوی صحبت می کند بدون مطالعهٔ قبلی تألیفات مربوط به حقوق اداری تیموریان چندان سودمند نیست. از مطالعهٔ کتاب حاضر بخوبی معلوم می شود که مطالعهٔ بعضی از شرق‌شناسان نسبت باوضاع اداری صفویه تاچه اندازه ناقص و بی رویه است علی الخصوص که وی آشنا به علم حقوق نبوده وارزش اصطلاحات این علم را ندانسته است.

صفویه نه‌تنها از سازمان‌های اداری عصر مغول وتیموریان اقتباس نمودند بلکه از تدابیر مهم گذشته هم پیروی می کردند چندانکه بدنبال غازان به تشیع (مطلب شمارهٔ ۲۰۷) گردیدند. وحدت سیاسی ایران کمال مطلوب صفویه نبود، بلکه این وحدت سیاسی پرافتخار ایران باستان وتاریخ درخشان آن بود که محرك پیشوایان صفوی می‌شد وحس جاه‌طلبی آنان را باور ساخته وشاداب مینمود.

اطلاعات عمومی راجع بوزراء

۲۴۶ ـ تعریف جامع و مانعی از وزیر ووزارت دراین دوره بدست نیامد؛

وزراء متعدد در مرکز حکومت وجود داشتند ، و در خارج مرکز نیز در رأس تشکیلات اداری وزراء بودند. از عناوین «وزارت تفویض - وزارت تنفیذ» (مطلب ۱۶۹) در این دوره هم اثری وجود ندارد و بنظر می رسد که باانقراض حکومت عباسیان این دو سمت هم از بین رفته است .

وزیر اعظم

۲۴۷ - وی در مرکز حکومت انجام وظیفه می نمود و لقب رسمی او «اعتمادالدوله» بود(۱) واختیارات فراوان وی از مدلول این لقب استفاده می شود. وظائف وی عبارت بود از :

الف - تصدیق وامضاء حکم تصدی مشاغل رسمی

ب - ادارهٔ امور مالی کشور ، که در این مورد مستوفی الممالك باوی همکاری می کرد .

ج - نظارت در انجام وظیفهٔ کارمندان حکومت

د - تعیین خط مشی سیاست خارجی کشور ، ومذاکره باسفراء خارجی وامضاء قراردادهای باممالك خارج. ازنظر اهمیت رتبه، مقام وزیر اعظم پس از «نائب السلطنه» بود که اورا «وکیل» می نامیدند عنوان «وکیل الرعایا» هم بهمین اصطلاح بستگی دارد. وزیر اعظم چون درمجالس واجتماعات درطرف راست شاه می نشست اوراوزیر راست (وزیر دست راست) می نامیدند (مقایسه شودبامطلب شمارهٔ ۲۲۹)

قورچی باشی (۲)

۲۴۸ - پس ازوزیر اعظم مهمترین مقام اداری در تشکیلات مرکزی حکومت، مقام «قورچی باشی» بود که اورا بلقب «امیرالامراء» ملقب نموده بودند وسمت وزارت

---

(۱) بجای این لقب دردورهٔ قاجاریه لقب «صدراعظم» معمول شد.

(۲) قور بمعنی مهمات وسازو برك است .

جنك» راداشت (مقایسه شود بامطلب شمارهٔ ۲۲۴)

ایشیك آقاسی باشی

۲۴۹ ـ ایشیك آقاسی باشی (یعنی رئیس سران درگاه) وظیفه‌اش ریاست تشریفات در مجالس عمومی وسرپرستی دربانان ونگهبانان کاخ (عالی قاپو) و ریاست طبقهٔ «آقایان» (که مشخصات قطعی این طبقه بدست نیامد) بود. نمی‌توان مشابهی برای این شغل درحال حاضر پیدا نمود وظاهرا مقام‌وی پائین‌تر از مقام ناظر بیوتات(۱) بود شاید سمت وی تا اندازه‌ای نظیر سمت «وزیر دربار» بوده است. مؤلفان ایندوره‌در مقابل سمت «ناظر بیوتات» از «وزیر بیوتات» هم‌اسم می‌برند که مافوق «ناظر بیوتات» است در اینصورت بعیداست که خودناظر بیوتات، عنوان وزیر بیوتات یاعنوان‌وزارت جداگانه‌ای از ناحیهٔ همین شغل‌داشته باشد.

وزیر بیوتات

۲۵۰ ـ بنقل مؤلفان این عصر وی سرپرست بیوتات سلطنتی بوده‌وبنقل پاره‌ای از این مؤلفان، وی متصدی ضبط‌وربط امور مالی (عایدات‌وهزینه‌ها) دستگاه سلطنت بوده است وحتی بشرکت وزیر اعظم به‌بعضی از امور اداری‌دیوان رسیدگی می‌نمود (مقایسه شود بامطلب شمارهٔ۲۲۵).

---

(۱) دردون محوطهٔ قصر شاه (عالی قاپو) عمارات متعدد که هریك محل یکنوع کاربود (بهمین‌جهت آنهارا کارخانه‌های شاه میگفتند) وجود داشت مانندخزانه، قورخانه، ملبوسات، هنر (یعنی: کتابخانه‌ونقاشخانه) وغیره. هر کارخانه تحت نظر یك رئیس (که‌صاحب جمع نامیده‌می‌شد) ویك مشرف (بازرس) اداره‌می‌شد مجموع این کارخانه ها را بیوتات یا بیوتات‌سلطنتی میگفتند.

مجلس نویس

۲۵۱ ـ وی‌را «واقعه‌نویس» نیز می گفتند وچون در مجالس عمومی سمت‌چپ سلطان می‌نشت اورا وزیر چپ(وزیردست چپ در مقابل وزیر داست‌راست یا وزیر اعظم)هم می‌نامیدند . بنقل مؤلفان این عصر وی منشی سلطان‌بود وفرمانهای اورا بصورت وفرمول معین درنامه‌های مخصوص که حاوی نام سلطان ونشان مخصوص‌او بود وآنها را «طغرا» می‌نامیدند (۱)می‌نوشت .وقایع وعرایض را بسمع شاه‌میرساند وگزارشهای حکام ودر خواستهای آنان‌را بشاه‌عرضه‌می‌داشت ومجاز بودکه‌هرزمان که بخواهد بحضور شاه برسد(مقایسه شودبامطلب ۲۳۱).

تنظیم نامه‌ها برای دول خارجی وضبط نامه‌ها وپاسخ‌های رسیده از آنها و حفظ نسخه‌های قراردادهای خارجی وسوابق‌امور سیاسی بعهدهٔ وی‌بوده‌است‌وبهمین جهت عنوان «وزارت امور خارجه» تااندازه‌ای برای اوزیبنده است (رجوع شودبه فقرهٔ «د» از مطلب شمارهٔ ۲۴۷) . در غیبت وزیر اعظم امور مربوط باورا انجام میداد .

مستوفی الممالك

۲۵۲ ـ عنوان «وزارت دارائی» باونمی‌توان داد چه‌این سمت‌را وزیر اعظم عهده‌داربود ومستوفی‌الممالك تحت‌نظر او انجام وظیفه می‌نمود،ولی درحقیقت‌بیشتر امور فنی مالی مانند حسابداری وتنظیم‌بودجه‌بعهدهٔ مستوفی‌الممالك بود. مستوفیان ولایات راوی بکار می گماشت وتکلیف ووظائف آنان را معین می کرد . اداره‌ای‌را

---

(۱) طغرا بهمین معنی در شعر حافظ استعمال شده است :

صاحب دیوان ماگوئی نمی داند حساب — کاندرین‌طغرا نشان حسبةلله نیست

بعید نیست که طغرا بعداً اسم‌هر نوع اوراق‌رسمی دولت شده باشد و چون سند مالکیت روی‌این اوراق تهیه‌می‌شد درمحاورات معمولی میگفتند. یك طغرا سندچنانکه گویند یك تخته قالی یایك فروند کشتی

که مستوفی الممالک دررأس وی کار می کرد دیوان ممالك (۱) می نامیدند که مقصود دیوان دخل وخرج مملکت است .

قسمت دوم

اطلاعات قضائی و نظامی

الف ـ قضات
ب ـ محاکم
ج ـ قوای نظامی

قضات

۲۵۳ ـ در این عصر نیز مانند عصر مغولان و تیموریان قوانین موضوعه دو نوع بود :

الف ـ قانون شرع که مبنی واساس زندگی قضائی مردم محسوب می شد .

ب ـ قانون عرف که بیشتر ناظر بامور سازمانی واداری کشور و ترتیب دادرسی عرفی ودادگاههای عرفی وامور مالی دولت و بعضی امور کیفری بوده است این قسم از قوانین درعصر صفویه همان موقعیتی را داشت که درزمان تیموریان ومغولان دارا بود طبعا محاکم این دوره هم به محاکم شرعی ومحاکم عرفی منقسم میشد و بالنتیجه دو نوع قضات می بایست وجودداشته باشند :

---

(۱) در آن عصر تقسیم ارضی کوچکتر از « قلمرو » را مملکت (وایالت) میگفتند که نظیر استان در تقسیمات کشوری فعلی بوده است ، اصطلاح « ممالك محروسه» انعکاسی ازوضع مزبور است . «ولایت» ظاهرا کوچکتر از مملکت بمعنی مزبور بوده است بهمین جهت مؤلفان این عصر اصطلاح « ولایات ممالك محروسه» را بکار برده اند.

الف ـ قضات شرع (یاحکام محاکم شرع) که بنا بمندرجات بعضی از کتب عصر صفوی در امور مدنی و درجرائم کوچك(۱) رسیدگی می کردند.

ب ـ قضات عرفی (یاحکام محاکم عرف) که در سایر موارد رسیدگی می نمودند (مطلب شمارهٔ ۲۵۵)

بنقل مؤلفان تاریخ این عصر ، نفوذ قضات عرفی بمراتب بیشتر بوده است در رأس محاکم عرفی دو قاضی عالیمقام بنام صدر (۲) وشیخ الاسلام قرار داشتند که حتماً می بایست باخاندان سلطنت وصلت کرده باشند چه سلاطین صفویه در نظر داشتند که ازاین راه قوهٔ قضائیه را دراختیار خود داشته باشند.

فکر استقلال قضات درحقوق جدید ایران یکی ازثمرات تحول حقوقی ایران است بطور کلی می توان گفت که درزمان صفویه قوهٔ قضائیهٔ آلت فعل قوهٔ مجریه بود.

داروغه

۲۵۴ ـ مؤلفان تاریخ این عصر برای داروغهٔ پایتخت (اصفهان) نوعی سمت قضائی قائلند . باین ترتیب شاید داروغه‌های سایر ولایات هم همان سمت را داشتند. داروغه تحت نظر «دیوان بیگی» انجام وظیفه می کرد و شاید نظیر ضابطین دادگستری بود .

بنظر پاره‌ای از مؤلفان تاریخ داروغه بمعنی حاکم بوده ولی بعداً اختصاص بحاکم پایتخت پیدا کرد. منشیان بزرك ادارات که سمت ریاست سایر منشیان را داشتند نیز داروغه خوانده می شدند .

محاکم ـ دیوان بیگی

۲۵۵ ـ محاکم دراین عصر دونوع بوده است: محاکم شرعی ومحاکم عرفی .

---

(۱) رجوع شود بمطلب شماره ۲۸۴

(۲) صدور را نواب نیزمیگفتند.

از تألیفات این عصر استفاده می شود که سلاطین صفوی سعی داشتند از راه ایجاد محاکم عرفی از نفوذ سایر محاکم کم کنند . از سازمانهای محاکم عرفی اطلاع کافی بدست نیست فقط از محکمه‌ای بنام «دیوان بیگی» اطلاعات ذیل موجود است :

الف ـ دیوان بیگی یك محکمهٔ عرفی بود که برمحاکم شرع کشور نظارت داشت .

ب ـ اجراء احکام و تصمیمات محاکم شرع بعهدهٔ دیوان بیگی بود(۱)

ج ـ رسیدگی به‌جرائم بزرك (مطلب شماره ۲۸۳) درتمام کشور بموجب قانون شرع در صلاحیت دیوان بیگی بود و محاکمه باتفاق «صدر» (مطلب شماره ۲۵۳) صورت می گرفت .

د ـ چون دیوان بیگی یك محکمهٔ عرفی بود اساساً قوانین عرفی را مبنای کارخود قرارمی‌داد با توجه باینکه نفوذ مقررات عرفی زیادتر بود اهمیت این محکمه روشن می‌شود .

هـ ـ نسبت بشکایات رسیده از سراسر کشور درحدود صلاحیت خود رسیدگی می‌نمود .

قوای نظامی

۲۵۶ـ دراوائل ظهور سلسلهٔ صفویه قوای نظامی از ایلات وعشایر تشکیل می شد ولی درزمان شاه‌عباس اول سپاهی مجهز بسلاح جدید و متکی بحکومت مرکزی از دستهٔ جدیدالاسلام (گرجی وارمنی) که روابط عشیره‌ای نداشتند تشکیل شد گویند این سپاه به‌پیشنهاد آنتونی شرلی مورد توجه پادشاه صفوی قرار گرفت از پاره‌ای تألیفات استفاده می‌شود که لشکریان به‌چهار سپاه قسمت شده بودند ولی اطلاعات بیشتری از این مطلب بدست نیست.

---

(۱) مقایسه شود باماده ۸ قانون اصول تشکیلات عدلیه

قسمت سوم

حقوق کارمندان دولت

الف ـ مالیاتها

ب ـ حقوق کارمندان دولت

مالیاتها

۲۵۷ ـ دراین عصر مانندعصر تیموریان ومغول گرفتن مالیاتهای عرفی یك امر عادی بود(بعکس حکومت عباسیان) مثلا از محصول نوغان سلطان صفوی ثلث را بعنوان خراج می گرفت از ابریشم وپنبه مالیات می گرفتند وهم چنین عوارض آب وصول می‌شد. ازپیشه‌وران وکسبه وتجارمالیات می گرفتند و عوارض راهداری به پیروی از رسوم مغول وتیموریان اخذ می‌شد. گمرکات سواحل جنوب ایران‌عوائد بیشتری از گمرکات سواحل شمال داشت. از مردم غیرمسلمان وهندیان‌مقیم‌اصفهان جزیه گرفته می‌شد؛ معادن فلزات واحجارکریمه وصید مروارید تماماً مال‌سلطان بود. شاه طهماسب دستور دادکه وجوه عاید از میخانه وقمارخانه و روسبی‌خانه از دفاتر مالی حذف شود؛ این بود خلاصه‌ای از آنچه‌که مؤلفان تاریخ این عصر بطور جسته و گریخته ضبط نموده‌اند.

حقوق کارمندان دولت

۲۵۸ ـ حقوق کارمندان نقدی وجنسی بود وبمأموران عالی‌رتبه غالباً اراضی خالصه(که معمولاازمصادرهٔ املاك‌دیگران تهیه می‌شد) بصورت‌سیورغال‌وتیول‌بابت حقوق آنها داده می‌شد

سیورغال

یکنوع معافیت مالی بود که بنفع بعضی از اشخاص بطور موروثـی برقـرار می گردید، باین ترتیب یك ناحیه از پرداخت مالیات وعوارض بخزانهٔ دولت معاف می شد سیورغال را بعنوان حقوق ومستمری بعضو رسمی می دادند .

تیول

۲۵۹ _ (سابقا اقطاع نامیده می شد) تیول نظیر سیورغال بود جز اینکه مدت آن منحصر بمدت تصدی (یامادام العمر) عضو رسمی شاغل بوده است . معمولا تیول‌داران وصاحبان سیورغال علاوه برنرخ معین مالیات تاجائی که مقدورشان بود بعنوان مالیات ازمردم استفاده می کردند واین تعدی وستم نسبت معکوس بااجراء عدالت در کشور داشت .

مبحث سوم

حقوق جزا

فصل اول ـ کلیات

فصل دوم ـ جرم و مجازات

فصل اول

کلیات

قسمت اول ـ کلیات حقوق جزای دورهٔ وسطی

قسمت دوم ـ کلیات جرم ومجازات درحقوق جزای دورهٔ وسطی

قسمت اول

کلیات حقوق جزا
(دردورهٔ وسطی)

الف ـ خاصیت عمومی قانون جزا

ب ـ استنباط قاضی جزائی

ج ـ اصل قانونی بودن جرم ومجازات

د ـ حق‌الله ـ حق‌الناس

هـ ـ قلمرو قانون جزا

۲۶۰ ـ قوانین جزائی ایندوره تحت تأثیر فوق‌العادهٔ تعالیم اخلاقی قرار گرفته است . هدف مجازات حفظ نظم وخیر اجتماع است دراین مورد مقنن می گوید: اثر اجراء کیفر بیشتر از بهرهٔ باران سودمند است (۱) وقصاص مایهٔ حفظ زندگی انسانها است . اجراء قصاص وسایر مجازاتها باید بموجب حکم حاکم وتحت نظارت او باشد(۲) ودر اجراء حکم اعدام باید آسان‌ترین وسیلهٔ اعدام بکار برده شود (۳) همهٔ این نکات یك معنی را اثبات می کند ، وآن این است که مجازاتها در ایندوره از تاریخ حقوق مابر اساس انتقام شخصی و تشفی غریزهٔ انتقام بنا نشده بود .

۲۶۰ مکرر ـ دور نیست که در قوانین دیـات ، رعایت مسئولیت جزائـی و مدنی تواماً شده باشد ، واین نظر را وحدت نصوص مسئولیت (٤) تـأیید مـی کند ؛ توضیح اینکه نصوص کلی قوانین مربوط بمسئولیت مدنی وجزائی درحقوق موضوعهٔ ایندوره یکی است وازهم جدا نیست وعنوان «ضمان» بعکس آنچه که مشهور شده اختصاص به مسئولیت مالی ندارد بلکه مقنن آنرا برای مسئولیت مالی وجزائی یکسان بکار برده است .

تأثیر اخلاق درقوانین کیفری بحدی است که مجرم بپای خود به‌محکمه میرود وبجرم خود اعتراف می کند ومجازات را باروحی باز وبمیل خود فقط بمنظور تطهیر جان می‌پذیرد در اینصورت نمی‌توان گفت : هدف مجازات در ایندوره انتقام بـوده است چه‌اگر هدف مجازات انتقام باشد مجرم راضی نمی‌شود که بپای خود به‌محکمه برود بقصد اینکه خودرا هدف انتقام مجنی‌علیه یا کسان اوقرار دهد .

---

(۱) عن سدیر قال ابوجعفر (ع) حدیقام فی الارض ازکی فیها من مطر اربعین لیلة و ایامها .

(۲) مادهٔ ۱۵ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) مادهٔ ۵۵ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(٤) Responsabilité

۲۶۱ ـ صرف اینکه یکنوع مجازات بنام «قصاص» در قانون جزای ایندوره وجوددارد دلیل نمی‌شود که بگوئیم هدف قوانین جزائی این‌عصر انتقام جوئی بوده است زیرا امکان دارد که بوسیلهٔ زمینه اخلاقی و آموزشی که بدست مقنن ایندوره فراهم شده قصاص بکلی ازصورت انتقام‌جوئی خارج‌شود ولو اینکه درابتداءپیدایش قصاص درجوامع اولیه فکر انتقام وجودداشته است. تجزیه وتحلیل قوانین بدون درنظر گرفتن محیطی که قوانین در آن محیط بوجود آمده ونشوونما کرده‌اند درست نخواهد بود.

۲۶۲ ـ هدف مقنن دورهٔ دوم (مانند قانونگزاران جدید حقوقهای جزا در عصر کنونی) نیز «اصلاح مجرم» بوده‌است نهایت اینکه‌طرزعمل‌وراه وصول بهدف فرق می کند: درحقوق جزای دورهٔ وسطی‌ازراه تهیهٔ زمینه‌های‌اخلاقی وسیع وبرنامهٔ تعلیم وتعلم مخصوص وتأمین حداقل معاش افراد (مطالب شمارهٔ ۱۲۱) سعی میشود که مجرم اصلاح شود بطوری که طرز تفکر مجرم در تحمل مجازات قانونی طرزتفکر فرزند درموردتأدیب پدرومادر نسبت بخودباشد که بالنتیجه حالت‌عصیان درمجرمی که تحمل مجازات نموده ومی کند بوجود نیاید وامید او بدستگاه همیشه وجود داشته باشد. بهمین جهت دراین دوره‌محرومیت‌مجرم از حقوق اجتماعی بسیارناچیز بوده ودر توبه همیشه باز است. این روش‌برای اصلاح مجرم باآنچه‌که درحقوقهای جدید معمول به‌است فرق دارد.

۲۶۲مکرر ـ هرچند که درحقوق جزای ایندوره اثری از «اقدامات تامینی» دیده نمی‌شود ولی اصول‌کلی حقوق موضوعهٔ ایندوره بمقامات مسئول اجازهٔ توسل بآنرا میداده واصول مزبور (مراجعه شود بمطالب شمارهٔ ۳۱ ـ ۱۴۰) استعدادوتحمل قبول «اقدامات تامینی» را داشته است.

نکته ـ جنبهٔ موضوعی بودن(۱) حقوق جزای دورهٔ وسطی برجنبهٔ شخصی

---

(۱) Objectivité

بودن آن غلبه دارد بهمین جهت تأثیرغرض وداعی(۱) مجرم در کمیت و کیفیت مجازات تقریباً نامشهود است ، بعکس درحقوق جزای جدید که غرض وداعی مجرم در کمیت و کیفیت مجازات مؤثر است .

تبصره ـ مقررات جزائی دراین دوره اختصاص بقوانین موضوعه در ابتداء دورهٔ وسطی نداشت، حکام ممالك به پیروی از آداب ورسوم (رجوع شود بمطلب شمارهٔ ۲۰۹ مکرر) ویا باقتضاء امیال آنی وهوسهای زودگذر قوانین جزائی وضع نموده یافرامین جزائی صادر می کردند که خاصیت مشترك این قوانین وفرامین جزائی بی ثباتی و بی ملاکی بوده است، نه دوامی داشت و نه منشاء عقلی.

استنباط قاضی جزائی

۲۶۳ ـ درحقوقهای تازه قاضی مدنی اساساً مجاز است که ازقانون، تفسیر موسع بنماید وتفسیر مضیق درقانون مدنی استثنائی است بعکس قاضی جزائی که اساساً مجاز نیست که تفسیر موسع نماید ؛ در دورهٔ دوم هرچند قاعدهٔ معروف : «الحدود تدرء بالشبهات» (۲) و«اصالةالاحتیاط دردماء» (۳) مانع ازاین است که قاضی جزائی عیناً مانندقاضی مدنی دستش در تفسیر موسع (٤) باز باشد ولی مستفاد ازبعضی از تألیفات حقوقی مهم این دوره آن است که تااندازهٔ زیادی تفسیر موسع را درامور کیفری راه می‌دادند وبهمین جهت قیاس را در امور جزائی وارد می کردند که بطور نمونه دو مثال از دو شخصیت بزرگ حقوقی (که هردو ایرانی هستند) ذکر می کنیم :

---

(۱) But

(۲) این قاعده نظیر قاعدهٔ معروف ذیل است:
Le doute profite á l'accusé

(۳) این اصل رامؤلفان حقوق دورهٔ وسطی بیان کرده اند که مستفاد از قاعدهٔ «الحدود تدرء بالشبهات» و «استصحاب برائت» است.

(٤) Interprétation extensivè

اول ـ غزالی در کتاب مستصفی مفاداً می گوید : هرحکم قانونی که بتوان علت وفلسفهٔ آنرا بدست آورد میتواند منشاء قیاس قرار گیرد ؛ بنابراین می توان لـواط را ازروی قیاس به زنا جرم تلقی نمود(۱)

دوم ـ شیخ انصاری در کتاب مکاسب مفادا چنین مـی گوید : رشوه بمنظور صدور حکم بقاضی داده می شود ولی هدیه را برای جلب تمایـل وی (که مآلا ممکن است منتهی بصدورحکم بنفع هدیه دهنده گردد) میدهند پس هدیه دادن بقاضی وهدیه گرفتن هم جرم است زیرا هدیه.. پس از قیاس حکم رشوه را دارد (۲) .

تذکر ـ نظرفوق مورداتفاق بین حقوقدانان ایندوره نیست .

اصل قانونی بودن جرم ومجازات

۲٦٤ ـ مقصود از اصل قانونی بودن جرم این است که : هیچ عملی جرم نیست مگر بموجب قانون (۳) و مقصود از اصل قانونی بودن مجازات این است: مجازات باید بموجب قانونی باشد که قبل از ارتکاب آن عمل مقرر شده باشد وهیچ عملی را نمی توان بعنوان جرم بموجب قانون متأخر مجازات نمود (٤) .

دواصل فوق دردورهٔ سوم وجوددارد ومأخذ آنها حقوق اروپائی است ؛ ولی دردورهٔ دوم وجود این دواصل مسلم نیست وعقاید حقوقدانان در بودونبود آن مختلف است .نص خاص درمورد هیچیك از دواصل مزبور دیده نشده ومدلول آن دواصل را

---

(۱) جلددوم مستصفی ـ صفحهٔ ۲۳۲ : کل حکم شرعی امکن تعلیله فالقیاس جار فیه . . . و الحکم بالمجازات ثابت فی الزنا و نقیس اللواط لاستلزامـه ادخال الفرج فی الفرج المشتهی طبعاً .

ابو حنیفه قیاس رادرحدود جائز ندانسته است (جلددوم مستصفی ـ صفحهٔ ۳۱۷)

(۲) الرشوة تبذل لاجل الحکم، والهدیة تبذل لایراث الحب المحرك له علی الحکم علی وفق مطلبه ، فالظاهر حرمتها لانهارشوة او بحکمها بتنقیح المناط (تنقیح مناط نوعی ازقیاس است)

(۳) ماده دوقانون مجازات عمومی

(٤) ماده شش قانون مجازات عمومی

باید ازعمومات قانون استخراج نمود(۱)

حق الله ـ حق الناس

۲۶۵ ـ قوانین جزای ایندوره براین تقسیم تکیه دارد. همانطورکه درحقوق جزای دورهٔ سوم مجنی علیه ممکن است شخص یاجامعه باشد (وبراین مبنی مدعی خصوصی ومدعی عمومی تحقق یافته است) درحقوق کیفری دورهٔ دوم طرف تجاوز، یاحق شخص است یاحق خداوند، بهمین جهت مورد تجاوز دو قسم است: حق الناس وحق الله(۲)

۲۶۶ ـ حق الناس ـ حقی است که موضوع آن(۳) شخص یااشخاص باشدمانند مالکیت بهرنحو که تصور شود. حق الناس ازنظر متعلق (٤) دوصورت دارد: امور مدنی مانند مالکیت ونکاح، وامور کیفری مانندحق قصاص وغیره.

حق الله ـ آنچه که حق الناس نیست حق الله است مانند موارد ارتکاب زنا و لواط وغیره.

احکام وآثار کیفری این دوقسم جرم (یعنی تجاوز بهحق الناس وتجاوز به حق الله) غالباً باهم فرق دارد مثلا عفو مجنی علیه درمورد زنا ولواط (و بطور کلی در حق الله) تأثیری در اسقاط مجازات فاعل جرم ندارد ولی عفومجنی علیه(یاعفو اولیاء او) درمورد حق الناس موجب اسقاط مجازات است، مثلا ولی مقتول می تواند از مجازات قاتل بگذرد.

---

(۱) مادهٔ یك قانون مجازات (ازکتاب مستنبط)

(۲) درحقوق جزای مدرن حق مورد تجاوز دو قسم است:
الف ـ حق خصوصی
ب ـ حق عمومی
رجوع شود بمادهٔ دوم اصول محاکمات جزا
وجه تشابه این تقسیم با تقسیم حق الله وحق الناس چندان زیاد نیست ولی این دو تقسیم خالی ازتجانس وهم آهنگی نمی باشند.

(۳) Sujet

(٤) Objet

۲۶۷ ـ قوانین جزا در ایندوره نسبت بکلیهٔ سکنهٔ کشور (اعم از تبعه و بیگانه) مجری است ، و هیچ فردی از سکنهٔ کشور مستثنی از آن نیست .

هرگاه تبعه در خارج قلمرو مرتکب یکی از جرائم مذکور در قانون جزای ایندوره می‌شد بموجب قانون متبوع خود محاکمه و مورد تعقیب واقع می گردید لکن اجراء مجازات نسبت باو موکول بمراجعت یا اعادهٔ وی به کشور بوده است (۱) .

قسمت دوم

کلیات جرم و مجازات

(درحقوق جزای دورهٔ وسطی)

الف ـ شروع جرم ـ جرم محال ـ جرم عقیم

ب ـ تکرار جرم

ج ـ معاونت

د ـ عناصر عمومی جرم

هـ ـ عمد ـ شبه‌عمد ـ خطاء

و ـ دفاع مشروع

ز ـ کیفیات مخففه ـ کیفیات مشدده

---

(۱) مادهٔ ۱۵۲ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

۲۶۸ ـ درقانون مجازات ایندوره قصدارتکاب جرم مادام که منتهی بعمل مادی نشود مستلزم مسئولیت جزائی نخواهد بود، ولی اگر منتهی بعمل مادی شود (اعم از اینکه مورد قصد مجرم حاصل گردد یانه) جرم محقق می‌شود ولو اینکه جرم مورد نظر مرتکب جرم، حاصل نگشته باشد. بنابراین شروع بجرم وجرم عقیم و جرم محال مشمول حکم فوق بوده یعنی جرم محسوب است و مجازات این جرائم تعزیر است.

تکرار جرم

۲۶۹ ـ تکرارجرم در قانون جزای ایندوره نیز یک کیفیت شدید کنندهٔ مجازات است باین ترتیب:

الف ـ جز در مورد استعمال مسکرات وسرقت، تکرار سایر جرائم بزرگ (مطلب ۲۸۳) در دفعهٔ چهارم مستلزم اعدام است (۱).

ب ـ تکرار جرم «استعمال مسکرات» در دفعهٔ سوم مستلزم اعدام است.

ج ـ تشدید مجازات بعلت تکرار جرم سرقت بترتیب ذیل است:

اولا ـ در دفعهٔ دوم پای چپ سارق از کعب عموداً بر کف پا قطع می‌شود.

ثانیا ـ دردفعهٔ سوم محکوم به حبس ابد است.

ثالثاً ـ دردفعهٔ چهارم اعدام می‌شود (۲)

نکته ـ شرط تشدید مجازات در همهٔ صور بالا آن است که مرتکب جرم برای هر دفعه‌ای که مرتکب جرم شده محکوم گردیده و مجازات قانونی درحق او اعمال شده باشد.

---

(۱) مادهٔ ۱۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) مادهٔ ۲۶۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

۲۷۰ ـ معاونت مجرم جرم است بشرط اینکه معاون، جهل موضوعی به جرم بودن عمل مورد معاونت نداشته باشد(۱)

عناصر عمومی جرم

۲۷۱ ـ یعنی عناصری که وجود آن شرط تحقق هر یك از جرائم است این عناصر عبارتند از :

یك ـ عنصر قانونی ـ باین معنی که برای تحقق جرم قبلا باید قانون عملی را جرم تلقی کند. در اینکه چنین عنصری برای تحقق جرم درحقوق دورهٔ دوم ضرورت داشت یانه بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. تفصیل وشرح این قسمت راسابقاً (مطالب ۲۶۳ ـ ۲٦٤) بیان نمودیم.

دو ـ عنصر مادی ـ برای تحقق جرم صرف قصد کافی نیست (مطلب ۲٦۸) و باید یك عمل مادی نیز صورت بگیرد؛ درحقوق جزای ایندوره وجود این عنصر شرط تحقق جرم شمرده شده است.

سه ـ عنصر معنوی ـ می‌توان آنرا بدوجزء تجزیه نمود :

الف ـ علم بجرم بودن عمل

ب ـ اراده ـ بنابراین، عمد شرط تحقق جرم نیست بلکه صرف قصد کفایت می کند، بهمین جهت است که جرائم غیر عمدی (یعنی شبه عمدی وخطائی) درقانون جزا دیده می‌شود.

۲۷۲ ـ نسبت به «علم» فرض قانون آن است که اشخاص عالم بقانون می باشند وفقط (۲) دردومورد ذیل عذر جهل بقانون مسموع است :

---

(۱) مادهٔ ۱۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) مادهٔ ٦ قانون مدنی (از کتاب مستنبط)

اول ـ در موردی که جاهل قاصر باشد یعنی جهل بقانون ازروی قصور باشد نه ازروی تقصیر. مثل اینکه زندگی مجرم جاهل بقانون در اماکنی باشد که امکان اطلاع وی برقانون عادتاً مستبعد شمرده شود، مانند چوپانهائی که دائماً در بعضی از بیابانهای دوردست زندگی می کنند.

دوم ـ درمواردی که جهل بقانون ازروی قصور نباشد ولی قانون درموارد مخصوصی بطوراستثناء عذر جهل بقانون را بپذیرد.

۲۷۳ ـ نسبت بمورد اراده، اصول حقوق جزای ایندوره مقتضی است که برای تحقق جرم اراده شرط لازم است و بانبودن اراده نمی توان جرم را محقق شمرد (۱).

۲۷۴ ـ تبصره ـ اکراه واضطرار اساساً با تحقق اراده و ماهیت جرم منافات ندارد ولی مانع مجازات است مگر در مورد جرم قتل که طبق صریح قانون، اکراه تأثیری بحال مرتکب قتل ندارد (۲)

۱۷۵ ـ نکته ـ اکراه (۳) واضطرار مانع تحقق اراده نیست ولی مانع تحقق اختیار است. بنابراین باید گفت که «اختیار» درمقابل «اراده» یك موجود حقوقی مستقل است، نهایت اینکه اراده شرط تحقق جوم است ولی اختیار شرط تحقق جرم نیست بلکه «عدم اختیار» موجب معافیت از مجازات است.

عمد ـ شبه‌عمد ـ خطا

۲۷۶ ـ بااینکه در قوانین موضوعهٔ ایندوره اساساً ماهیات حقوقی تعریف نشده بطور استثناء ماهیت عمد وشبه‌عمد وخطا تعریف شده است ولی نه بطور کلی بلکه نسبت بخصوص قتل:

---

(۱) مادهٔ ۱۷ وشرح آن ازقانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۲) مادهٔ ۲۰ وشرح آن ازقانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۳) بشرط اینکه بحد اجبار نرسد.

قتل عمد ـ بیکی از سه‌صورت ذیل اتفاق می‌افتد :

اول ـ مجرم ارادهٔ کشتن کسی را نموده واورا بکشد، دراین مورد مجرم‌قصد نتیجه رادارد.

دوم ـ مجرم ارادهٔ کشتن ندارد ولی عمل او طوری است که عادتاً کشنده‌است مثل ضربی که عادتاً کشنده باشد وضارب قصد قتل نداشته باشد. مقنن دراین مورد فرض‌عمد برای مجرم نموده است .

سوم- مجرم ارادهٔ کشتن نداردولی ابزارو آلت قتل بنحوی بکاررود که‌در آن کیفیت غالباً کشنده‌باشد . مثل اینکه باضربات متوالی چوب بناحیهٔ مغز زده شود. دراین موردهم قانون فرض عمد برای مجرم نموده است . بنابراین نمی‌توان‌درتعریف عمد گفت‌که عامد قصد نتیجه دارد زیرا در دوصورت اخیر قصد نتیجه وجود ندارد ولی میتوان گفت‌که عمد(۱) عبارت است‌از قصد نتیجه یا آنچه که‌بحکم قانون‌مانند قصدنتیجه فرض‌شده‌باشد.

۲۷۶ مکرر ـ اراده Volonté عبارت‌است از قصد انجام عمل بدون توجه بعنوان جرم بودن‌آن ، عمد Intention عبارت است از قصد انجام عمل باتوجه بعنوان جرم بودن آن . بنابراین هرجا عمد هست اراده‌هم هست ولی عکس قضیه صحیح نیست .

۲۷۷ ـ قتل شبه عمد ـ درصورتی است که‌مجرم نسبت بانسانی عملی مرتکب می‌شود که آن‌عمل یاوسیلهٔ اجراء عمل‌عادتاً کشنده‌نباشد وخود او نیز قصدقتل‌نداشته باشد ولی تصادفاً موجب قتل شود.

۲۷۸ ـ قتل خطائی ـ وآن درصورتی است که مجرم هدفی‌را(اعم‌از انسان و یاغیرانسان) درنظر بگیرد وبراثر عدم مهارت‌یااتفاق ، عماش متوجه هدف‌نشده‌بلکه بشخصی که هدف او نبوده اصابت نماید واو کشته شودصرفنظر ازاینکه عمل اوعادتاً

---

(۱) intention

کشنده باشد یانه (۱).

۲۷۹ ـ تبصره ـ عمددر تعریف بالا شامل اقسام ذیل می‌شود :

الف ـ عمد معین ـ هرگاه مجرم قصد جرم را بنماید ولی مجنی علیه مخصوصی را درنظر نگیرد ارادهٔ اورا در ارتکاب جرم «عمدغیر معین» نامند مثل اینکه کسی تیری بطرف جمعیتی خالی کند. اگرمجرم ، مجنی‌علیه مخصوصی‌رامنظور بداردعمد او عمد معین است.

ب ـ عمد غیر معین

ج ـ عمد اشتباهی (اشتباه درهویت مجنی‌علیه باشد)

د ـ عمد احتمالی یاعمد مقید ـ اگر فاعل جرم نتایج عمل خودرا پیش‌بینی کند وبااینکه اطمینان کامل بوقوع آن ندارد نتیجهٔ محتمل‌الوقوع عمل خودرا خواستار باشد اصطلاحاً اینگونه قصدرا عمد احتمالی ویا عمدمقیدنامند.

۲۸۰ ـ نکته ـ از تعاریف فوق ، تعریف عمدوشبه‌عمد وخطا در مورد سایر جرائم بدست می‌آید.

دفاع‌مشروع (۲)

۲۸۱ ـ درقانون جزای ایندوره شخصی‌که برای دفاع ازجان یاعرض یامال خود وخویشاوندان خود بارعایت شرائط ذیل مرتکب‌قتل شودمعاف‌از مجازات‌است وتنهامسئولیت او قصاص است‌مگر اینکه دفاع کننده‌بتواند ادعاء خودرا علیه طرف متجاوز ، در محکمه باثبات برساند دراینصورت معاف ازهرگونه مجازاتی است:

الف ـ دفاع مشروع باید درحین ارتکاب جرم طرف مقابل‌صورت گیرد ؛

ب ـ دفاع کننده دسترسی بحاکم ویا مأموران اونداشته باشد.

(۱) ماده ۱۷ قانون مجازات (از کتاب‌مستنبط)
(۲) مادهٔ ۸٤ قانون مجازات (از کتاب‌مستنبط)

ج ـ دفاع نباید ازحدضرورت ومعقول خارج باشد (۱) .

کیفیات مخففه ـ کیفیات مشدده

۲۸۲ ـ درقانون مجازات، ایندوره کیفیات مخففه ومشدده (هم بصورت کیفیات مخففه ومشددهٔ قانونی وهم بصورت کیفیات مخففه ومشددهٔ قضائی) وجود دارد. کیفیات مخففه ومشددهٔ قضائی در مورد تعزیرات دیده میشود (۲) ، از جمله‌امثلهٔ کیفیات مخففهٔ قانونی موردی است که پدری فرزندش را عمداً بکشد در اینصورت قصاص تبدیل به‌مجازات «دیه بضمیمهٔ تعزیر و کفاره» می‌شود(۳) از جملهٔ کیفیات‌مشددهٔ قانونی عبارت است از ارتکاب جرم‌در ازمنه و امکنه‌ای که‌قانون برای آنهااحترامی قائل است که مجرم دراین مورد علاوه برتحمل مجازات منصوص درقانون، تعزیرهم می‌شود؛ ونیز از این قبیل است تکرار جرم، وشیخوخت مرتکب جرم زنا و غیره.

---

(۱) مادهٔ ۸٤ قانون مجازات(از کتاب مستنبط)

(۲) خبرحماد بن عثمان قلت له کم التعزیر؟ فقال دون الحد، قلت له دون ثمانین؟قال لا ولکن دون اربعین فانها حد المملوک . قلت و کم ذاک ؟ فقال: علی قدر مایری الوالی من ذنب الرجل وقوة بدنه.

از عبارت «من ذنب الرجل» میتوان استفادهٔ مؤثر بودن غرض But مجرم را در کمیت و کیفیت مجازات نمود.

(۳) ماده ٤۳ قانون مجازات(از کتاب مستنبط)

فصل دوم

جرم ـ مجازات

قسمت اول ـ اقسام جرائم

قسمت دوم ـ اقسام مجازاتها ـ موانع ومسقطات مجازات

قسمت سوم ـ مسئولیت جزائی ـ عاقله

قسمت اول

اقسام جرائم

الف ـ جرائم بزرگ ـ جرائم کوچك

ب ـ تقسیم جرائم ازجهت مورد جرم

ج ـ جرائم ضد جسم وجان

د ـ جرائم مخالف عفت عمومی

ه ـ جرائم ضد شرف وحیثیت

و ـ جرائم علیه مصالح عمومی ملت و کشور

ز ـ جرائم جنگ

ح ـ جرائم متفرقه

جرائم بزرك ـ جرائم کوچك

۲۸۳ ـ کلیهٔ جرائم درقانون جزای ایندوره دوقسم است (۱) :

الف ـ جرائم بزرك

ب ـ جرائم کوچك .

جرائم بزرك عبارت است از :

یك ـ جرائمی که نص قانون بعنوان «جرم بزرگ» از آنها یادنموده است مانند فرار سرباز از جنگ ، قتل، اشتغال بسحر، زنا وغیره . ممکن است مجازات بعضی از جرائم بزرگ تعزیر باشد . بنابراین تعزیر علامت کوچك بودن جرم نیست .

دو ـ جرائمی که قانون علاوه بر مجازات دنیوی ارتکاب آنهارا مستلزم مجازات اخروی شمرده است .

سه ـ جرائمی که بموجب نص قانون ملحق بنوع دوم شده است .

چهار ـ جرائمی که بموجب نص قانون مساوی ویا اشد ازجرائم مذکور در سه طبقهٔ فوق شمرده شده است (۲) .

۲۸٤ ـ نکته ـ تکرار جرم کوچك بشرط اینکه ارتکاب جرم دردفعهٔ دوم

---

(۱) تقسیم مزبور بسیار شبیه بتقسیم مذکور در مادهٔ ۷ قانون مجازات عمومی است .

(۲) مادهٔ دوم قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

مسبوق بند امت مرتکب از گذشته نباشد جرم بزرك محسوب است این نوع تکرار جرم را اصطلاحاً «اصرار برصغیره» می نامند.

غیراز جرائم نامبردهٔ فوق را اصطلاحاً جرم کوچك گویند.

تقسیم جرائم از جهت مورد جرم

۲۸۵ - مورد جرم ممکن است یکی از امور ذیل باشد:

الف - حق الناس مانند قتل

ب - حق الله مانند جرائم ضد عفت

ج - مشترك بین حق الناس و حق الله مانند جرم سرقت. بنا براین سه قسم جرم باعتبار این سه مورد وجود دارد (۱)

جرائم ضد جسم وجان

۲۸۶ - این جرائم که متوجه جسم وجان آدمی است شامل امور ذیل است:

الف - قتل(۲) وسقط جنین (۳)

ب - تجاوز به اطراف - یعنی هر نوع تجاوز بجسم آدمی بشرط اینکه بصورت قتل وجرح نباشد مانند شکستن دست، بریدن عضوی از اعضاء. اصطلاحاً این نوع تجاوز را «جنایت بر اطراف» نامیده اند (٤)

۲۸۷ - ج - تجاوز بخاصیت اعضاء - یعنی هرنوع تجاوز بجسم آدمی که:

اولا - بصورت قتل وجرح وجنایت براطراف نباشد.

ثانیاً - فائده ای که انسان از عضو مورد جنایت می برده همه یا پاره‌ای از آن

---

(۱) ماده سوم قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۳٤ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده ۸۵ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(٤) ماده ۹۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

فائده زائل شود مثل اینکه مغز مجنی‌علیه براثر زدن خاصیت تعقل را ازدست بدهد ویا حس لامسه یا باصره ازبین برود. اصطلاحاً این نوع تجاوز را «جنایت برمنافع» نامیده اند.

۲۸۸ ـ د ـ جرح ـ مقصود هر نوع تجاوز بجسم آدمی است که بهیچیک از سه صورت فوق (مذکور درفقرات «الف ـ ب ـ ج») نباشد، اعم ازاینکه مورد جرح سروصورت باشدکه آنرا شجاج (بکسر اول) می‌نامند یا در سایر اعضاء بدن باشد که آنراجراح (بکسر اول) نامیده‌اند. بنابراین جرائم ضد جسم وجان چهار قسم است:

یك ـ قتل وسقط جنین

دو ـ جنایت براطراف

سه ـ جنایت برمنافع

چهار ـ جرح (اعم از شجاج و جراح)

۲۸۹ ـ نکته ـ جرائم وارد به جسم مردگان هم مورد توجه مقنن بوده‌است نهایت اینکه از مجرم دیه‌ای وصول می‌شدکه مصرف آن کارهای عام‌المنفعه بود(۱)

جرائم مخالف عفت عمومی (۲)

۲۹۰ ـ مقصود جرائمی است که مربوط بعفت عمومی باشد، وعبارت است از:

الف ـ زنا

ب ـ مقاربت نامشروع بازنان غیر از زنا

ج ـ ملحقات(۳) زناکه جامع همهٔ آنها تقریباًتمتع نامشروع است‌مانندمضاجعه، تقبیل، تفخیذ وغیره.

---

(۱) ماده ۸۸ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۱۶۳ ببعد قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده ۱۷۹ ـ ۱۸۱ تا ۱۹۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

د ـ ازالهٔ بکارت (۱)

ه ـ لواط (۲) وملحقات آن (۳)

و ـ زنا ولواط با میت (٤)

ز ـ مواقعه با حیوانات (٥)

ح ـ مساحقه وملحقات آن (٦)

ط ـ قیاده (۷)

جرائم ضد شرف وحیثیت (۸)

۲۹۱ ـ این جرائم عبارت است از :

الف ـ افتراء

ب ـ توهین

ج ـ غیبت

د ـ افشاء اسرار ، خواه اسرار مربوط بحرفه وشغل باشد خواه نه

ه ـ قذف (۹) یعنی اسناد زنا ولواط بشنونده یا بغایب بشرط اینکه :

اولا ـ گوینده علم بمدلول گفتهٔ خود داشته باشد.

---

(۱) ماده ۱۸۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۱۹۲ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده ۱۹۵ ـ ۱۹٦ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(٤) ماده ۱۹۷ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(٥) ماده ۱۹۸ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(٦) ماده ۱۹۹ ـ ۲۰۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۷) ماده ۲۰۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۸) ماده ۲۰۳ ـ ۲۰٤ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۹) ماده ۲۰۸ ببعد قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

ثانیاً ـ بقصد نسبت دادن زنا یا لواط گفته باشد نه بمنظورهای دیگر مانند اطفاء خشم ونحو آن

ثالثاً ـ اسنادی که داده می‌شود صریح باشد .

رابعاً ـ مقذوف باید معین باشد .

جرائم علیه مصالح عمومی ملت ومملکت

۲۹۲ ـ این جرائم عبارت‌است از :

الف ـ سب نبی(۱)

ب ـ ادعاء نبوت (۲)

ج ـ معاملات کتب ضد دین (۳)

د ـ محاربه (٤) یعنی ایجاد اختلال در امنیت عمومی بوسیلهٔ استعمال اسلحه یا بدون آن خواه مقرون بغارت باشد خواه نباشد.

جرائم جنگ

۲۹۳ ـ مقصود جرائمی است که در روابط بین افراد نظامی یا غیر نظامی تابع حکومت داخلی با نفرات و افراد خصم واقع می‌شود . جرائم مزبور (۵) عبارت است از :

الف ـ استعمال سم در جنگ

---

(۱) ماده ۲۷۷ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۲) ماده ۲۳۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۳) ماده ۲۵۲ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(٤) ماده ۲٦۹ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۵) مواد ۱٤ تا۱۸ قانون‌حرب (از کتاب‌مستنبط)

ب ـ مثله

ج ـ غدر یعنی تجاوز بدشمن بعد از دادن تأمین قانونی در شرائطی که قانون حرب معین نموده‌است.

د ـ فرار سرباز از جنك

ه ـ تخلف از فرمان بسیج

جرائم متفرقه

۲۹٤ ـ یك سلسله جرائمی است که قانون از آنها اسم برده و در هیچیك از طبقات فوق قرار ندارد مانند استعمال مسکرات، قمار، ترك تابعیت، سرقت، غصب، نبش قبر، غش وتدلیس وکلاهبرداری وخیانت در امانت، اختلاس (تصرف در مال غیر از روی خدعه)، جعل، تعدی صاحبان مشاغل رسمی، آزار واذیت بهرنوع (۱) وغیره.

قسمت دوم

اقسام مجازاتها ـ موانع مجازات ـ مسقطات مجازات

الف ـ حد وتعزیر ـ قصاص ودیات

ب ـ حد وتعزیر

ج ـ قصاص

د ـ دیه

ه ـ حکومت (یا ارش)

---

(۱) ماده ۲۰۵ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

و ـ حبس وانواع آن

ز ـ زندانها

ح ـ موانع مجازات

ط ـ مسقطات مجازات

حد و تعزیر ـ قصاص و دیات

۲۹۵ ـ در این دوره جرائمی که موضوع آن حق‌الله است مجازات آنها یکی از دو صورت حد و تعزیر است و مجازات جرائم مربوط بحق‌الناس معمولاً بصورت قصاص یا دیات است. سایر مجازاتهای مربوط بجرائم راجع به حق‌الناس عبارت است از :

الف ـ حکومت (مطالب شمارهٔ ۳۰۰)

ب ـ نفی حیثیت از مجنی‌علیه، چنانکه تجاهر در ارتکاب جرم، موجب جواز غیبت وافتراء شخص متجاهر می‌شود چه در این مورد قانون از متجاهر نفی حیثیت نموده است؛ بهمین ترتیب قانون از صاحبان مشاغل رسمی که بمناسبت شغل خود تعدی وستم کنند نفی حیثیت نموده است (۱)

ج ـ تسلیم مجرم واموال او به‌اولیاء مجنی‌علیه (۲) مانند مورد قتل مسلم بدست ذمی

د ـ حبس ابد مانند موردی که کسی دیگری را اکراه بقتل کند وقتل واقع شود شخص اکراه کننده محکوم به‌حبس ابد است.

حد ـ تعزیر

۲۹۶ ـ مجازات جرمی که در مورد حق‌الله است دو نوع است :

الف ـ حد ـ و آن مجازاتی است که :

---

(۲) ماده ۲۰٤ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ٤۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

اولا ـ کیفیت آن (یعنی حبس ، اعدام ، شلاق و غیره) در قانون معین شده باشد.

ثانیاً ـ در مواردی که مجازات دارای کمیت است کمیت آنهم درقانون معین شده باشد مثلا در مورد شلاق (۱) تعداد ضربات ودرمورد حبس مدت حبس بایدمعلوم باشد.

۲۹۷ ـ ب ـ تعزیر ـ و آن مجازاتی است که یا کیفیتش در قانون معین نشده وتعیین آن باختیار حاکم است که معمولا بصورت توبیخ ، حبس وتبعیداجراء می‌شد، یا در صورت تعیین کیفیت ، کمیت آن از طرف حداقل معین نشده واختیار تعیین آن با حاکم محکمه است ، فقط قانون متذکراست که حد اکثرش نباید برابر با «حد» باشد ، مثلا اگر مجازات تعزیر بصورت شلاق باشد نباید حداکثرتعزیر برابر با زدن تازیانه بعنوان «حد» باشد.

قصاص (۲)

۲۹۸ ـ قصاص مجازاتی است که بحکم قانون وبوسیلهٔ مجنی علیه یااولیاء قانونی او درحق مجرم اعمال می شود. این مجازات باید در حدود قانون نظیر جرمی باشد که از طرف مجرم صورت گرفته است . بنابراین شرط اساسی قصاص آنست که جرم ومجازات باهم شباهت حاصل کنند. موارد قصاص عبارت است از :

الف ـ قتل عمد

ب ـ جنایت عمدی براطراف (مطلب شمارهٔ ۲۸۶)

ج ـ جنایت عمدی برمنافع (مطلب شمارهٔ ۲۸۷)

د ـ جرح عمدی یعنی جراح وشجاج (مطلب شمارهٔ ۲۸۸)

---

(۱) گاهی اصطلاح حدبه مجازات زدن شلاق (که کمیت آن درقانون معلوم باشد) گفته می‌شود و گاهی نیز بمطلق مجازات اعم از تعزیر و قصاص و غیره گفته شده است .

(۲) مواد ۳٤ ـ ۹۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

در جمیع موارد فوق در صورتیکه جرم شبه عمدی یا خطائی باشد دیه باید داده شود.

دیه

۲۹۹ ـ و آن یکنوع مجازات نقدی است که در یکی از سه مورد ذیل از مجرم بنفع مجنی‌علیه یا اولیاء قانونی او گرفته می‌شود:

الف ـ درصورتیکه مجرم ومجنی‌علیه (یا اولیاء او) توافق کنند که بجای قصاص، دیه داده شود.

ب ـ درصورتیکه رعایت تشابه در موقع قصاص مقدور نباشد، مانند مورد «منقله» (بضم اول وفتح ثانی و تشدید و کسر ثالث) و آن جرمی است که بر اثر آن استخوان مجنی‌علیه جابجا شود دراین مورد قصاص مقدور نیست زیرا امکان ندارد که بهمان وضع که استخوان مجنی‌علیه جابجا شده‌استخوان مجرم را جابجا کنند. دراین مورد سه بیستم دیهٔ مجنی‌علیه را از مجرم بنفع مجنی‌علیه می گیرند.

ج ـ درصورتی که نص قانون، دیه را بعنوان مجازات معین کند مانند مورد قتل فرزند بدست پدر (۱).

حکومت (ارش)

۳۰۰ ـ آن نیز نوعی ازمجازات نقدی‌است که در مواردی که‌نص قانون‌مقدار دیه را معین ننموده باشد بشرح ذیل از مجرم می گیرند:

$$\text{(۲) دیهٔ نفس} \times \frac{\text{(قیمت صحیح مجنی‌علیه)} - \text{(قیمت معیب‌مجنی‌علیه)}}{\text{قیمت صحیح مجنی‌علیه}}$$

رقمی که از حاصلضرب فوق بدست می آید اصطلاحاً حکومت (یا ارش) خوانده شده است. برای توضیح گفته می‌شود که باید مجنی علیه را عبد فرض نمود تا قیمت

---

(۱) ماده ۴۳قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) دیهٔ نفس هزار دینارطلا یاده هزار در هم نقره‌است.

صحیح ومعیب آن بدست آید (۱) . این بود تقسیم کلی مجازاتها در قانون مجازات دورهٔ وسطی (۲)

حبس وانواع آن

۳۰۱ ـ در قوانین جزای دورهٔ وسطی سه نوع حبس وجود دارد :

اول ـ حبس موقت ـ این حبس همیشه جنبهٔ تعزیر دارد بهمین جهت تعیین حداقل مدت حبس با دادرس است (۳)

دوم ـ حبس ابد ـ این حبس جزو حدود است ، مانند مجازات شخصی که دیگری را اکراه بقتل کند ودر نتیجه قتل واقع شود (٤) وهمچنین است مجازات سارقی که برای بار سوم مرتکب جرم سرقت شود (٥) و برای دفعات قبل مجازات سرقت را تحمل کرده باشد ، و نیز مجازات معاون جرم قتل بطوری که مقتول را نگهدارد تا قاتل عمل قتل را صورت دهد (٦)

سوم ـ حبس ابد بضمیمهٔ بعضی مجازاتهای دیگر. این حبس جزو حدود است ، ومورد منحصر آن مجازات ترك تابعیت (ارتداد) است بشرط اینکه مرتکب جرم ، زن باشد (۷) مجازاتهائی که به‌حبس ابد پیوسته می‌شود عبارت است از:

الف ـ زدن محبوس (پنج بار در هر ٢٤ ساعت)

---

(۱) ماده ۱۵۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۲) ماده ٤٠ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۳) ماده ۸ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(٤) ماده ۲۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(٥) ماده ۲٦۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(٦) ماده ٥١ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۷) ماده ۲۲۹ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

ب ـ سخت گیری از حیث غذا ولباس

زندانها

۳۰۲ ـ از مقررات مربوط بزندان‌ها و زندانیان در این دوره اطلاعات مهمی بدست نیست ، درمورد حبس ابد (نسبت بتکرارجرم سرقت) نص قانون متذکراست که هزینهٔ محبوس بعهدهٔ بیت المال است ، ولی نسبت بسایر موارد ، سکوت اختیار نموده است (۱) آنچه که از تاریخ عمومی این دوره استفاده میشود وضع زندان و زندانیان تابع مقررات یکسان وهمیشگی نبوده است بلکه گاهی هوسهای صاحب دستوران ومتصدیان زندان غالباً زندانیان را در وضع ناگواری قرار میداده است .

موانع مجازات

۳۰۳ ـ موانع مجازات (۲) عبارت است از :

الف ـ صغر ، دراین مورد ودر مورد جنون بعلت نبودن اراده اساساً جرم محقق نمیشود ولی در مورد سوم جرم بعلت بودن اراده محقق میشود نهایت آنکه بعلت نبودن اختیار مجازات برای مجرم مقرر نشده است .

ب ـ جنون قبل ازارتکاب جرم

ج ـ نداشتن اختیار (بشرح مذکور درمطلب شمارهٔ ۲۷۴)

۳۰۴ ـ نکته ـ عدم مسئولیت جزائی صغیر وديوانه درموردی است که حق‌الله دربین باشد وگرنه درموارد حق‌الناس (اعم ازامور مدنی وامور کیفری) اساساً مسئول شناخته میشوند نهایت اینکه قانون در مورد امور کیفری صغار و دیوانگان کیفیت مسئولیت مخصوصی پیش‌بینی نموده است (مطلب شمارهٔ ۳۱۴)

---

(۱) مادهٔ ۲۶۰ قانون مجازات و شرح آن (ازکتاب مستنبط)
(۲) مادهٔ ۱۳ قانون مجازات وشرح آن (ازکتاب مستنبط)

مسقطات مجازات (۱)

۳۰۵ ـ اموری که موجب اسقاط مجازات می‌شود عبارت‌است از :

الف ـ عفو ذینفع که ممکن است بیکی از دو صورت ذیل مسقط مجازات‌باشد:

۱ ـ اسقاط مجازات مطلقا یعنی بعدازشکایت بمحکمه‌وقبل از آن مانند مورد عفو اولیاء مقتول .

۲ ـ اسقاط مجازات قبل‌ازشکایت ، مانند موردی که مسروق‌منه مال دزدی شده را « قبل‌از شکایت به محکمه» بسارق ببخشد ، یا بیکی از وجوه ناقله باو منتقل کند دراینصورت مجازات سرقت ساقط شود .

۳۰۶ ـ ب ـ عفو رئیس حکومت‌باین شرح که فقط درجرائم مربوط به‌حق‌الله وی می‌تواند پس از اثبات جرم ونیز قبل ازاثبات آن‌مجرم را عفو کند، جز درموردی که دلیل اثبات جرم ، شهادت باشد که بعد از اثبات ، حق عفو برای هیچ مقامی نخواهد بود.

ج ـ توبه قبل از اثبات جرم نه‌پس از آن. درحق‌الناس توبه مسقط مجازات‌نیست

د ـ فرار مجرم درجرم زنا قبل از رجم یا حین رجم ، در صورتی که دلیل اثبات جرم ، اقرار باشد .

هـ ـ انکار بعداز اقرار بجرمی که مجازاتش رجم‌است‌موجب اسقاط رجم وتبدیل آن بتعزیراست.

و ـ تکرار جرمی که مسبوق به‌مجازات نشده است.

ز ـ دفاع مشروع (مطلب شمارهٔ ۲۸۱)

ح ـ جهل بقانون درحدود مطلب شمارهٔ ۲۷۲

---

(۳) مادهٔ ۱۴ قانون مجازات وشرح آن (از کتاب مستنبط)

قسمت سوم

مسئولیت جزائی ـ عاقله

الف ـ مقایسهٔ مسئولیت جزائی ومسئولیت مالی

ب ـ عاقله

مقایسهٔ مسئولیت جزائی ومسئولیت مالی

۳۰۷ ـ درحقوق مدنی این دوره صرف صدق **انتساب اضرار** بکسی کافی است که اورا مسئول قرار دهد حتی اراده واختیار هم تأثیری دربود ونبود مسئولیت مالی ندارد، بهمین جهت قوانین مسئولیت مالی این دوره کاملا کلی و**objective** است بعکس درقوانین مسئولیت جزائی (مطلب شمارهٔ ۲۷۱) که تا اندازهٔ قابل ملاحظه‌ای شخصی و**Subjective** است «اراده» شرط تحقق جرم و «اختیار» شرط صحت مجازات است.

۳۰۸ ـ در مورد مسئولیت مالی، شخص متجاوز مسئول است ولی در مورد مسئولیت جزائی استثناء قابل ملاحظه ای وجود دارد که این است: در موردی که مجرم از روی خطا جرمی را علیه جسم وجان (مطلب ۲۸۶) دیگری مرتکب شود ودلیل اثبات جرم هم اقرار نباشد (۱) مسئول پرداخت جزای نقدی (دیه یا حکومت) «عاقلهٔ مجرم» است نه خود مجرم.

عاقله (۲)

۳۰۹ ـ عاقله بچهار طبقه گفته می‌شود که از نظر مسئولیت جزائی قانوناً بین

---

(۱) ماده ۷۷ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۷۹ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

آنها سلسله مراتب وجود دارد ، باین معنی که با بودن طبقهٔ اول، مسئولیت جزائی متوجه طبقهٔ دوم نمی‌شود وقس علیهذا . طبقات مزبور عبارتند از :

۳۱۰ ـ الف ـ عصبهٔ قاتل ـ یعنی خویشاوندان پدری قاتل جز زنان. بنا براین اولاد و پدر مجرم ، عصبیه نیستند . افراد عصبه اعم از فقیر و غنی مسئولیت دارند وتقدم وتأخر طبقات ارث دراین‌جا رعایت نمی‌شود، ولی رئیس حکومت می‌تواند با رعایت وضع آنان جزای نقدی را بطور عادلانه بر آنها تحمیل کند ؛ حضور و غیبت افراد عاقله از محل ارتکاب جرم تأثیری در بود و نبود مسئولیت جزائی آنان ندارد (۱)

۳۱۱ ـ ب ـ آزاد کنندهٔ بنده بشرط اینکه :

اولا ـ قانونً او را ملزم بآزاد کردن وی نکرده باشد ، یعنی باختیار خود او را آزاد کرده باشد.

ثانیاً ـ اگر کسی بنده‌اش را آزاد کند و «حق‌ولاء» خود را که قانون باو داده اسقاط کند مسئولیت جزائی (در جرائمی که مسئولیت آنها بصورت دیه‌است) متوجه او نخواهد بود ولی اگرحق‌ولاء خود را اسقاط نکند قانوناً مسئولیت جزائی‌مزبور متوجه او بوده وبالنتیجه عاقلهٔ بنده خواهد بود مشروط آنکه شرط اول و سوم هم ضمیمه شود .

ثالثاً ـ برای‌بنده‌ای‌که آزاد می‌شودوارث‌نسبی‌وجودنداشته باشد. آزاد کنندهٔ بنده با وجود سه شرط بالا عاقله‌است اگر زن‌نباشد وگرنه عصبهٔ زنی که بندهٔ مزبور را آزاد کرده بجای آن زن عاقله محسوب است .

۳۱۲ ـ ج ـ کسی که بموجب عقد ضمان‌جریره (۲)مسئولیت جنایات مستلزم

---

(۱) ماده ۷۸ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) عقدی‌است که بموجب آن‌یکی از طرفین عقد مسئولیت جنایات مستلزم دیه را نسبت بطرف عقد قبول میکند باین شرط که از او ارث ببرد شخصی که ضامن جریره می‌شود باید وارث‌قانونی‌مضمون عنه‌نباشد .

دیه را نسبت بشخصی قبول نموده باشد.

۳۱۳ ـ د ـ امام (ع) درمرتبهٔ چهارم عاقله است مشروط براینکه خود مجرم مالی برای دادن دیهٔ خود نداشته باشد.

۳۱۴ ـ تبصره ـ چون عمد وشبه عمد نسبت بصغار و دیوانگان قانوناً ملحق به خطا است ، بنابراین جرائم مقتضی دیه درصورتیکه از صغار ومجانین صادر شود درهرحال مسئول آن عاقله است.

۳۱۵ ـ نکته ـ در روابط بین اهل ذمه «معاقله» وجود ندارد بنابراین اگریك یکنفر ذمی مرتکب قتل خطائی شود خود او مسئول است نه عاقله.

مسلمان عاقلهٔ اجنبی نمی‌شود واجنبی هم عاقلهٔ مسلمان نخواهد بود . درصورتی که ذمی مرتکب جرم مستلزم دیه شود و متمکن از پرداخت دیه نباشد امام (ع) عاقلهٔ ذمی خواهد بود (۱)

۳۱۶ ـ نکته ـ چون مسئولیت عاقله در حقوق جزای این دوره خلاف اصل تلقی شده درتمام موارد شك در مسئولیت عاقله ، اصل برائت بنفع عاقله جاری‌است مثلا در جرائمی که مشتبه بین شبه عمد و خطـا است مرتکب جـرم مسئول است نه عاقله .

---

(۱) ماده ۸۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

مبحث چهارم

آئین دادرسی مدنی و کیفری

فصل اول ـ تشکیلات محاکم

فصل دوم ـ آئین دادرسی مدنی

فصل سوم ـ آئین دادرسی کیفری

فصل اول

تشکیلات محاکم

قسمت اول ـ محاکم

قسمت دوم ـ سازمانهای قضائی

قسمت سوم ـ صلاحیت

قسمت چهارم ـ دادرسان ودادرسی

قسمت اول

محاکم

الف ـ اصل قانونی بودن انعقاد محاکم

ب ـ اعضاء محکمه

ج ـ محاکم اهل ذمه

د ـ محکمهٔ مدنی ومحکمهٔ جزا

اصل قانونی بودن انعقاد محاکم(۱)

۳۱۷ ـ بموجب این اصل هیچ محکمه‌ای منعقد نمی گردد مگر بحکم قانون. اصل مزبور در قوانین موضوعهٔ دورهٔوسطی مکرر گوشزد شده‌است(۲)حتی‌حکمیت هم بدون اذن رئیس حکومت مجاز نبوده است .

اعضاء محکمه

۳۱۸ ـ محکمه با وجود یك قاضی رسمیت پیدا می کرد ولی این امر مانع از این نبود که «طریقهٔ تعدد قضات» لدی‌الاقتضاء برقرار شود : رئیس حکومت بموجب اختیاراتی که در اجراء قانون داشت (مطلب ۳۰ـ۱۴۰) می‌توانست محکمه را از دو یا چند قاضی تشکیل دهد ، و بطور کلی انتخاب طریقهٔ تعدد قضات یا وحدت قضات در صلاحیت او بوده است (۳).

در مواقع مقتضی برای محکمه اعضاء غیرقضائی انتخاب می‌شد که‌از آن‌جمله‌بود:

الف ـ مترجم ـ که می‌بایستی دارای عدالت قانونی بوده و در کار ترجمه تسلط داشته باشد (٤)

ب ـ منشی‌محکمه ـ که می‌بایست‌علاوه بر عدالت قانونی دارای‌سواد کافی باشد.

محاکم اهل ذمه (۵)

۳۱۹ ـ اهل ذمه پس‌ازانعقاد عقد ذمه‌می‌توانستند درقلمرو کشور (دارالاسلام)

---

(۱) مقایسه شود بااصل ۷٤ متمم قانون اساسی

(۲) مادهٔاول قانون‌آئین دادرسی‌واصل‌دهم‌قانون اساسی(از کتاب‌مستنبط)

(۳) مادهٔ یازدهم قانون‌آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(٤) مادهٔ نهم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۵) اهل ذمه عبارتند از پیروان دین زرتشت ودین موسی ودین مسیح که‌پس از انعقاد یك قرار داد (بنام عقد ذمه) با رئیس حکومت دارای حقوق و تکالیفی از نظر قانون میشوند که یکی ازآن حقوق داشتن محاکمی است که‌قاضی آن ازاهل مذهب خود آنان باشد.

از خود محاکمی داشته باشند (۱) ولی حق دخالت درامورى که در صلاحیت محاکم مسلمین بوده‌است نداشتند (مطلب شمارهٔ ۳۲۵)

چون براثر انعقاد عقد ذمه، استقلال سیاسی اهل ذمه از بین می‌رفت و محل سکونت آنان ازنظرسیاسی واداری جزو قلمرواسلامی می‌شد بنابراین «محاکم‌اهل ذمه» را نمی‌توان «محکمهٔ خارجی» تلقی نمود.

محکمه مدنی ومحکمه‌جزا

۳۲۰ ـ رئیس حکومت بموجب اختیارات وسیع خود دراجراء قانون(مطلب ۳۰ـ۱۴۰) می‌توانست امور مدنی وجزائی را از هم جدا نموده و محکمهٔ مخصوصی برای هریك مقرر دارد ولی الزام قانونی به‌تفکیك این دونوع محاکم نداشت. بهمین جهت غالباً در دورهٔ وسطی محکمهٔ مدنی وجزا ازهم جدا نبوده است ولی مؤلفان‌فقه از امکان تفکیك این دو نوع محاکم بحث کرده‌اند (مطلب ۳۲۶)

قسمت دوم

سازمانهای قضائی

الف ـ حوزه‌های قضائی کشور

ب ـ دیوان کشور

حوزه‌های قضائی کشور

۳۲۱ ـ رئیس حکومت به‌موجب اختیارات خود (مطلب ۱۴۰) صلاحیت‌داشت که کشور (دارالاسلام) را بحوزه‌های مختلف قضائی تقسیم کند و هرقاضی در صورت گرفتن اختیار حق داشت که در حوزهٔ قضائی خود یك یا چند جانشین معین کند که

---

(۱) مادهٔ ۲۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

او را اصطلاحاً «خلیفهٔ قاضی» می گفتند(۱) این ترتیب قرنها در ایران و قلمرو اسلامی وجود داشت و مندرجات تاریخ غازانی آنرا تأیید می کند چنانکه مؤلف آن در کتاب خود چنین می نویسد:

«در ولایاتی که از توابع فلان باشد و قضاء آن بدو تعلق دارد آنچه از شهر دور باشد و لایق آنکه قاضی نصب کند درچنان مواضع قاضی نصب کند و بهر ماهی احتیاط کار ایشان بکند.»

دیوان کشور

۳۲۲ ـ در طول دورهٔ وسطی قانوناً وعملاً اسمی از مؤسسه‌ای که حافظ توحید رأیهای قضائی باشد وجود نداشت . با اینکه اصول قوانین موضوعهٔ این دوره مانع تشکیل چنین مؤسسه‌ای نبوده‌است (۲) ظاهراً بین محاکم سلسله مراتبی وجود نداشته است . درچنین شرائطی شاید ادارهٔ کشور مشکل بنظر برسد و نوعی بی نظمی بر روابط مردم حکومت نماید بنابراین باید اعتراف نمود که عملا برای ایجاد نظم وجلوگیری از تشتت خارج از حد آراء قضائی روشی ازطرف اولیاء امور جامعه جاری بوده که حتی المقدور بحفظ نظم کمك می کرده است شاید سازمان قضائی و اداری « ولایت مظالم» مخصوصاً با توجه به‌صلاحیت وی(مطلب ۱۸۰مکرر) این نظر را تأمین می کرده است. بررسی آینده درحقوق اداری دورهٔ وسطی ممکن‌است بیشتر ازاین ما را به‌حل این مجهول کمك نماید.

۳۲۳ ـ فکر وحدت آراء قضائی وهم آهنگی آنها حتی در ابتداء دورهٔ وسطی وعصر خلفاء هم دیده شده است چه دراین زمان فقط قرآن مدون بود ولی احادیث حقوقی مدون نبوده وهرقاضی بسلیقهٔ خود بحدیثی استنتاد می کرد وناچار تشتت آراء قضائی بوجود می آمد. گویند (۳) عمر از این حوادث بیمناك گردید و چاره در این

---

(۱) مادهٔ دهم قانون آئین‌دادرسی(از کتاب مستنبط)
(۲) مادهٔ ۲۲ قانون آئین‌دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۳) کتاب تاریخ التشریع الاسلامی ـ صفحهٔ ۹۲.

میدید که‌حتی المقدور بقرآن استنادشود نه به‌سنت. شورای قضات وعلماء حقوق که بطور غیر دائم با حضور خلیفهٔ وقت تشکیل می‌شدتااندازه‌ای بوحدت آراء قضائی کمك‌می‌نمود در هرحال در این زمینه باید منتظر بدست آوردن اسناد بیشتری بود.

۳۲۴ ـ تبصره ـ در بدأ این دوره محاکم عمومی و محاکم اختصاصی وجود نداشت همهٔ امور و همهٔ مردم به محکمهٔ واحد ارجاع می‌شدند ولی بعدها در عصر عباسیان (مطلب ۱۸۵ ـ ۱۸۶) واعصار دیگرمحاکم اختصاصی بوجود آمد.

در این‌دوره بعلت‌عدم تفکیك‌فکر «حقوق‌عمومی» (۱) ازفکرحقوق‌خصوصی (۲) در سازمان متفاوت دادگاه و دادسرا وجود نداشت یعنی قاضی محکمه هم حاکم بود وهم‌مدعی‌العموم؛ هرچند پاره‌ای از آنچه که امروز در صلاحیت دادستان است (مانند موارد مذکور در مواد ۴۹ـ۵۲ قانون اصول تشکیلات عدلیه) در صلاحیت «والی مظالم» (مطلب ۱۷۹ـ۱۸۰ مکرر) بوده است ولی معذلك نمی‌توان گفت که دادسرا در دورهٔ وسطی وجود داشته است علاوه براینکه‌معلوم نیست سازمان‌قضائی «ولایت مظالم» پس ازعصر عباسیان هم موجود بوده‌است چه‌این‌سازمان ظاهراً مختص بدورهٔ عباسیان بوده ومحتمل است درعصر امویان وخلفاء هم‌وجود داشته است. در هرصورت تفکیك دادگاه ودادسرا از یکدیگر از مختصات دورهٔ سوم است.

قسمت سوم

صلاحیت (۱)

الف ـ صلاحیت محاکم

---

(۱) Droit public

(۲) Droit privé

(۳) Compétence

ب ـ صلاحیت ذاتی و محلی

صلاحیت محاکم

۳۲۵ ـ محاکم اسلامی دورهٔ وسطی که قضات آنها مسلمان بودند نسبت بجمیع دعاوی (اعم ازمدنی و کیفری) صلاحیت رسیدگی داشتندباین شرح که :

الف ـ در دعاوئی که یك طرف دعوی مسلمان باشد فقط محاکم اسلامی صالح می‌باشند وهم چنین است درمورد جرائمی که مجرم دارای تابعیت اسلامی باشد.

ب ـ دردعاوئی که طرفین دعوی ذمی باشند وعقد ذمه با حکومت اسلامی منعقد نموده باشند محاکم اسلامی صلاحیت رسیدگی دارند ولی ملزم برسیدگی نیستند و می‌توانند از رؤیت دعوی خودداری نمایند دراینصورت محاکم اهل‌ذمه حق‌رسیدگی بدعوی راداشتند(۱)

ج ـ هرگاه طرفین دعوی مستأمن(۲) باشند محاکم‌اسلامی صلاحیت‌رسیدگی را دارند ولی ملزم برسیدگی نیستند مگراینکه تعهدی دراین باب صورت گرفته باشد که قانوناً محاکم را ملزم برسیدگی‌نماید مثل‌اینکه حکومت اسلامی طی اذن ورود مستأمن بکشور، عهده‌دار رسیدگی بدعاوی آنان شده باشد (۳)

تبصره ـ هرگاه طرفین دعوی «معاهد» (٤) بودند صلاحیت محاکم بشرحی بودکه درمورد مستأمن ذکرشد.

---

(۱) مادهٔ ۲۵ قانون آئین دادرسی(از کتاب مستنبط)

(۲) و او کسی است که فاقد تابعیت اسلامی بوده و باحکومت اسلام‌عقد ذمه‌منعقد ننموده ولی بموجب اذن دولت بمنظور تجارت یاسفارت و باحاجت‌دیگروارد‌قلمرو اسلامی می‌شود . چون بوی امان (از تعرض)داده شده اورا مستأمن گویند . امان مستأمن‌امان مطلق است‌و مقید بوقت محدود یانامحدود نیست.

(۳) مادهٔ ۲۵ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(٤) معاهد کسی‌است که امان موقت‌ازراه«عقد مهادنه» بدست آورده باشد .

صلاحیت ذاتی ومحلی

۳۲۶ ـ تعیین صلاحیت ذاتی ومحلی محاکم ازاختیارات (مطلب ۱۴۰) رئیس حکومت است (۱) درکتاب جواهرالکلام و شرایع مفاداً چنین نوشته اند : میتوان برای یك شهر دو قاضی معین نمودکه هریك در بخشی ازشهر ایفاء وظیفه نمایند یا اینکه در دو زمان متناوب کار کنند یا اینکه‌یکی قاضی درامور مالی ودیگری‌قاضی درامور کیفری وازدواج باشد.

قسمت چهارم

قضات وقضاء

الف ـ شرائط قاضی

ب ـ حقوق قضات

ج ـ عزل ونصب قضات

د ـ تخلفات قضات

ه ـ خطاء قضات

و ـ قضات نشسته وایستاده

ز ـ مشخصات عمومی دادرسی

شرائط قاضی

۳۲۷ ـ ازنظرقوانین‌موضوعهٔ‌این‌دوره‌قاضی‌بایدواجدشرائط ذیل باشد :

۱ ـ تشیع (۲) درصورتیکه لااقل یکطرف دعوی مسلمان باشد.

---

(۱) مادهٔ اول قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) ازنظر حقوق عامه صرف اسلام کافی است.

۲ ـ عدالت ، یعنی درانظار مردم ازقوانین آمره وناهیه تخلف نکند (۱).

۳ ـ بلوغ وعقل ورشد. جنون ادواری هم نباید داشته باشد.

٤ ـ زن نباشد.

٥ ـ نداشتن نسب نامشروع

٦ ـ اطلاع از قوانین موضوعهٔ اسلامی وداشتن قدرت استنباط (۲)

حقوق قضات

۳۲۸ ـ چون سازمانهای قضائی برای حفظ مصالح عمومی برقرارمی‌شد، هزینهٔ ایجاد ونگهداری آن را ازاموال مختص بمصالح عمومی (یعنی بیت‌المال) می‌پرداختند، بقضاتی که بعلت تمکن مالی احتیاج بحقوق نداشتندحقوق داده نمی‌شد دادرسی یك تكلیف قانونی بود وحقوق در مقابل انجام تكلیف قانونی نمیدادند بلكه برای تأمین قدرت قاضی برانجام وظیفه باو حقوق داده می‌شد (مطلب ۱٤۲ تا ۱٤٦)

میزان حقوق بستگی به اندازهٔ نیازمندی وی داشت. قاضی بهیچوجه حق اخذ مال بهیچ صورت ازمتد اعیین نداشت (۳).

عزل ونصب قضات

۳۲۹ ـ عزل ونصب قضات درصلاحیت رئیس حکومت یا نائب قانونی وی بود (٤) استخدام قضات مانند استخدام سایر عمال حکومت در صلاحیت او بوده است . در صورت احتیاج کادر قضائی بقضات واجد شرائط ، اشخاص مزبور مکلف بقبول شغل قضاء بودند ، درصورتیکه واجدین شرائط بیشتر از مقدار لازم بودند انتخاب مقدار

---

(۱) ماده ٥۱ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده سوم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده هفتم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(٤) ماده یك قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

لازم بنظر وی بستگی داشت(۱) .

موارد عزل ویا انعزال قاضی عبارت بود از:

الف ـ زوال یکی از شرائط قاضی (مطلب شمارهٔ ۳۲۷)

ب ـ صدور حکم عزل او ازطرف رئیس حکومت

۳۳۰ ـ تبصره ـ فوت رئیس مزبور تأثیری در مشاغل رسمی صاحبان آنها (خواه شغل قضائی باشد خواه شغل غیرقضائی) نداشت(۲)

۳۳۱ ـ نکته ـ استقلال قضات درقوانین موضوعهٔ اسلامی منصوص نیست.

تخلفات قضات

۳۳۲ ـ دادرسی بین مردم طبق قوانین موضوعه بود (۳) هرچندکه استناد به‌ـ قانون درطی‌حکم‌لازم‌نبوده‌است. تخلف ازصدور حکم جرم محسوب میشد وموجب انعزال قاضی‌ازمقام قضاء بوده‌است(٤) وصادر کردن حکم برخلاف قوانین‌موضوعه نیز جرم بوده وموجب انفصال از شغل محسوب می‌شد. قاضی متخلف علاوه براینکه از جهت جرم مزبور مجازات (تعزیر) می‌شد هرگاه رأی غیر قانونی وی موجب تحقق یکی از جرائم پیش‌بینی شدهٔ در قانون مجازات می گردید محکوم به مجازات آن جرم نیزمی‌شد. در صورتیکه از تخلف وی خسارتی‌ناشی‌می گردیدمسئول خسارت مزبور نیز شناخته می‌شد (۵)

---

(۱) ماده دوم قانون آئین دادرسی از کتاب مستنبط)

(۲) ماده چهارم‌قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۳) اصل نهم قانون اساسی (از کتاب مستنبط)مقایسه شود بااصل۸۷ متمم‌قانون اساسی ومادهٔ پنجم قانون آئین‌دادرسی مدنی

(٤) ان‌الذین یکتمون ماانزلنا من‌البینات والهدی من بعدمابیناه للناس‌فی‌الکتاب اولئك یلعنهم‌الله‌ویلعنهم‌اللاعنون‌الاالذین تابوا ... (سوره‌بقرة‌ـ آیات ۱۶۰ـ۱۶۱)

(۵) ماده پنجم قانون آئین دادرسی(از کتاب مستنبط)

خطاء قضات

۳۳۳ ـ هرگاه در دادرسی کیفری ومدنی پس از صدور حکم و اجراء آن ، خطاء حکم محکمه محرز می شد در هرصورت بیت المال مسئولیت مالی داشت جز در صورتیکه عین مال مدعی به تلف نشده بودکه دراین صورت استرداد شده و بمالك اصلی داده می شد .

۳۳۴ ـ نکته ـ بحسب اقتضاء اصول قانون این دوره در روابط بین مأمورین حکومت وافراد هرگاه تجاوزی بمال یا جان مردم می شد مأمورین مزبور مسئولیت داشتند ، ومسئول تجاوز ناشی از اعمال سمت، بیت المال بوده است .

اصل مزبورکه حاکی ازمسئولیت دولت درحقوق داخلی است اصلی است بسیار مترقی که مختص دورهٔ وسطی است ودردورهٔ سوم چنین اصلی وجود ندارد.

قضات نشسته وایستاده

۳۳۵ ـ تفکیك این دو صنف ناشی از تفکیك حقوق عمومی ازحقوق خصوصی است که اختصاص به دورهٔ سوم دارد بنابراین در دوره‌های دیگر فقط یك صنف قاضی وجود داردکه درعین حال عهده‌دار وظائف قضات نشسته وقضات ایستاده است.

مشخصات عمومی قضاء

۳۳۶ ـ الف ـ اصل استناد بقانون درصدورحکم ـ این اصل ازمختصات دورهٔ سوم است وقضات محاکم درسایر ادوار ملزم نبودند که درطی حکم خود ازمتن قانونی که مستند حکم آنها است اسم ببرند. درصدراسلام غالباً متن قانون را ذکرمی کردند استناد بمتن قانون در طی حکم محکمه یکی از ترقیات حقوقی است و آثارمفیددارد.

۳۳۷ ـ ب ـ ممنوعیت استنباط کلی ـ این ممنوعیت نیزاز آثاردورهٔ سوم است ودر دورهٔ وسطی استنباط کلی چه درحین صدورحکم وچه درمواردديگر ممنوع نبوده است. در

دورهٔ وسطی بعلت فقدان امکانات انتشار رسمی نسخه‌های قوانین موضوعه، جلوگیری از استنباط کلی مقدور نبوده است ولی در دورهٔ سوم صنعت چاپ این امکان را در اختیار ما گذاشت بهمین جهت مجال منع استنباط کلی پیش آمد. منع استنباط کلی بمنظور حفظ حریم قوهٔ مقننه و منع ورود قوهٔ قضائیه در حریم مزبور یك عمل سودمند است هر چند که منع مزبور بطور کامل از عهدهٔ تأمین منظور فوق بر نمی آید.

فصل دوم

آئین دادرسی مدنی

قسمت اول

اصول کلی دادرسی

هـ ـ نظم جلسهٔ محاکمه

و ـ محاکمهٔ غیابی

احضار

۳۳۸ ـ هرگاه حاکم محکمه کسی را احضار میکرد باید اطاعت نماید و در صورتی که از حضور امتناع می‌ورزید مجازات تعزیر دربارهٔ او اجراء می شد (۱).

استنطاق

۳۳۹ ـ استنطاق برای احقاق حق بهر وسیله‌ای که حاکم صلاح بداند جائز بوده‌است جز با وسائلی که بنحوی از انحاء مورد منع قانونی قرار گرفته بود مانند تهدید و شکنجه و آزار (۲).

نوبت دعاوی

۳۴۰ ـ تعیین نوبت دعاوی بنظر حاکم محکمه بوده‌است (۳).

شروع محاکمه

۳۴۱ ـ در حق‌الناس شروع محاکمه وصدور حکم واجراء آن موقوف بتقاضای ذینفع است (خواه درامور مدنی وخواه درامور جزائی) ولی در حق‌الله تقاضای احدی شرط نیست وصرف اطلاع حاکم محکمه کافی برای شروع محاکمه وصدور و اجراء حکم است (٤)

---

(۱) ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۲) ماده ١٤ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۳) ماده ۱۵ ـ ١٦ آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(٤) ماده ۱۹ قانون آئین دارسی (از کتاب مستنبط)

نظم جلسهٔ محاکمه

۳۴۲ ـ در صورتیکه متداعین و کسانیکه بنحوی از انحاء در جلسهٔ محاکمه شرکت کنند (مانند شهود) رعایت نظم جلسهٔ محاکمه را نکنند، درحدودی که‌حاکم محکمه مقتضی بداند اخلال کننده را تعزیر خواهد نمود (۱)

محاکمهٔ غیابی

۳۴۳ ـ محاکمهٔ غیابی درحق‌الناس جائز است وحاکم پس‌از صدور حکم‌علیه غائب از محل امـوال او بمقدار مدعی‌به با اخذ ضامن از مدعی بوی خواهـد داد. محکوم علیه تمام حقوق قانونی را در دفاع از حق خود دارا می‌باشد وپس‌ازحضور وتقاضای وی دادرسی اعاده خواهد شد (۲)وبرحسب موارد مختلف ممکن‌است‌حکم سابق نقض یا ابرام شود (۳).

قسمت دوم

احکام صادر شده از محاکم

الف ـ اعتبار قضیهٔ محکوم بها

ب ـ اعتبار حکم نسبت به‌محاکم دیگر

اعتبار قضیهٔ محکوم بها

۳۴۴ ـ در بسیاری از گفتار مقنن این دوره بطور روشن بیان شده که غرض

---

(۱) ماده ۱۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) یکی از مواردی که درحقوق این‌دوره اجازهٔ اعادهٔ دادرسی داده شده است (رجوع شود بمطلب ۳۴۹)

(۳) مادهٔ ۱۸ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

از دادرسی (البته قدر متقین این گفتار در دادرسی مدنی است) فصل خصومت است نه احراز واقع. این یك مبنی وپایهٔ (۱) مسلم درحقوق این دوره است. از جهت‌دیگر از مسلمات تاریخ حقوق این دوره آن است که رسیدگی بدعاوی، یك درجه‌ای بوده است. ترجمهٔ یکی ازمتون قانونی این دوره چنین‌است: عبدالله پسر وضاح گفت که با مردی یهودی معامله داشتم یهودی هزار درهم از مال مرا بخیانت ببرد او را نزد والی بردم وسوگندش دادم (یمین مدعی‌علیه)یهودی قسم به بی‌حقی من یاد نمود درصورتی که میدانستم سوگند بدروغ یادکرده است، مدتی از این واقعه بگذشت ویهودی صاحب‌مالی فراوان گشت، اندیشیدم که مال خود از او باز ستانم پس‌براین نیت نامه‌ای به‌امام (ع) نوشتم وصورت قصه باز گفتم درجواب نوشت:

«لا تأخذ منه شيئاً ان كان قد ظلمك فلا تظلمه؛ و لولا انك رضيت بيمينه فحلف «(لا مرتك ان تأخذ من تحت يدك) ولكنك رضيت بيمينه، فقد ذهبت‌اليمين بما فيها.

یعنی چیزی از یهودی‌نگیر اگراو بتو ستم نمود تو باو ستم روا مدار؛ اگرتو بسوگند او خشنود نشده‌بودی دستور میدادم که مال خود را ازتصرف اوبیرون آوری ولی خود بسوگند او خشنود شده‌ای، وسوگند حق ترا ساقط نمود.

۳۴۵ـ چنانکه ازمتن قانونی‌بالا معلوم‌می‌شود سوگند که از ادلهٔ اثبات دعوی است بمنظور فصل خصومت وضع ومقرر شده نه بمنظور احراز واقع. از این مطالب استفاده می‌شود که مقصود مقنن فصل خصومت است اگر دربعضی موارد (مانند‌مطلب شمارهٔ ۳۴۳) مقنن خواسته‌است بمنظور رعایت پاره‌ای مصلحت‌ها تجدید دادرسی‌را برقرار سازد تصریح بر آن موارد نموده است ولی این یك مطلب استثنائی است و قاعدهٔ کلی «منع تجدید دادرسی» باید رعایت گردد فرق نمی کند که تجدید دادرسی نزد همان حاکمی‌باشد که حکم صادر کرده‌است یا نزد حاکم دیگر. درهرحال‌غرض «فصل‌خصومت» با «تجدید دادرسی» مانعة‌الجمع است.

۱- Base

۳۴۶ ـ نکته ـ درتأیید بیان بالا میتوان گفت که: حکم صادر شده ازمحکمه، معرف وموجد یك وضع حقوقی معین است استصحاب وضع حقوقی مزبور (که ناشی از حکم محکمه است) ایجاب می کند که تجدید دادرسی درهمان مورد، ممنوع باشد

۳۴۷ ـ دربعضی از نصوص قانونی این دوره بطورضمنی تجدید دادرسی اجازه داده شده است. نص مزبور مفاداً چنین می گوید، «اگربطلان شهادت شهود اثبات‌شد حکم صادر شده باستناد شهادت مزبور کان لم‌یکن فرض میشود و در اینصورت اگر عین محکوم‌به وجود داشته باشدآنرا بصاحب اصلی آن میدهند وگرنه شهود مسئول خسارت صاحب اصلی محکوم به خواهند بود. (۱)

درموردهمین‌نص نیز نصوص دیگر وجود دارد که‌اجازهٔ تجدید دادرسی نمی‌دهد وفقط شهود را مسئول خسارت صاحب اصلی محکوم‌به قرار می‌دهد(۲)

۳۴۸ ـ با وجود تعارض نصوص و تساقط آنها اصل کلی که عبارت از « منع تجدید دادرسی» است باید رعایت شود.

---

(۱) روایة جمیل عن‌الصادق(ع) فی‌شاهدالزور:« ان‌کان‌الشیئی قائماً بعینه ردعلی صاحبه وان لم یکن قائماً ضمن‌بقدر ما اتلف من‌مال الرجل »

عبارت «ردعلی صاحبه» صریح در جواز تجدید دادرسی نیست چه ممکن‌است‌مقصود مقنن این باشد که: محکوم‌له مکلف برد عین مال است و حق عینی صاحب اصلی‌مال باستناد حکمی که مبتنی برشهادت باطل بوده از بین نمیرود،ومعلوم نیست که درصورت امتناع محکوم له از ردعین مال وشکایت طرف بمحکمه ، حاکم مجاز در تجدید دادرسی باشد بلکه درصورت بقاءعین‌مال حاکم حکم‌برد آن‌بصاحبش‌می نماید ودرصورت نبودن مال‌حکم جبران خسارت میدهد وهیچیك ازاین دوعمل مستلزم تجدید دادرسی نیست (دقت!).

(۲) مرسل جمیل عن‌احدهما (ع) فی‌الشهود:« اذا شهدواعلی رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقدقضی علی الرجل ضمنوا ما شهدوابه وغرموه...»

صحیح محمدبن مسلم ... فی شهادة شاهد الزورماتوبته قال: « یؤدی من‌المال‌ الذی شهد علیه بقدرماذهب‌من‌ماله ان‌کان‌النصف اوالثلث‌ان کان‌شهدهذا وآخرمعه.»

اعتبار حکم نسبت به محاکم دیگر

۳۴۹ ـ نقض حکم حاکم بوسیلهٔ حاکم دیگر ممنوع بوده است، هیچ حاکمی حق نداشت نظر حاکم محکمهٔ دیگر را در تشخیص حکم و موضوع تخطئه و نقض کند معذلک مقررات اداری این دوره باتکاء «اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت» (مطلب شمارهٔ ۳۰ـ۶۲) اجازه می‌داد که حکم قضات پائین رتبه توسط بعضی مقامات قضائی عالیرتبه مانند والی مظالم (مطلب شمارهٔ ۱۷۹) نقض شود.

قسمت سوم

ادلهٔ اثبات دعوی

الف ـ ادلهٔ اثبات دعوی در امور مدنی

ب ـ اقرار

ج ـ علم قاضی

د ـ شهادت

هـ ـ قسم

و ـ قسم بضمیمهٔ شهادت

ادله اثبات دعوی در امور مدنی

۳۵۰ ـ این ادله عبارت است از :

الف ـ اقرار

ب ـ علم قاضی

ج ـ شهادت

د ـ قسم

ه ـ قسم بضمیمهٔ شهادت

اقرار

۳۵۱ ـ اقرار در امور مدنی در دعاوی و غیر دعاوی وسیلهٔ اثبات است (۱) ولازم نیست که حکم محکمه طبق آن صادرشود(۲).

اقرار باید صریح باشد و مورد تکذیب مقرله واقع نشود و کذب آن ظاهر نباشد (۳) مقر نباید مکره ، صغیر ، سفیه ، مست ، بیهوش ، خوابیده باشد (٤) انکار بعد از اقرار مسموع نیست ولی تفسیر آن ولو بطور منفصل از اقرار جائز است هرچند که این تفسیر موجب تغییر کامل آثار حقوقی اقرار گردد (٥) بهمین جهت اقرارمقید (٦) قابل تجزیه نیست زیرا تجزیه فرع بر ترکب است وحال اینکه در در مورد اقرار مقید اساساً ترکب وجودندارد. اساساً در آئین دادرسی اسلام اقرار چه در امور مدنی و چه در امور جزائی قابل تجزیه نیست (قانون جزا درحقوق دورهٔ سوم نسبت بقابل تجزیه بودن و غیر قابل تجزیه بودن اقرار ساکت است) . اقرار مرکب (۷) قابل تجزیه است (۸) .

---

(۱) مادهٔ ۲۹ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۲) « ۳۰ « « « « «
(۳) « ۳۱ « « « « «
(٤) « ۳۳ « « « « «
(٥) « ۳٤ « « « « «
(٦) Aveu Qualifié بموجب این اقرار شخص مقر اولاً بمطلبی اعتراف می کند. ثانیاً عنوانی بآن می‌دهد که آثار حقوقی اقراررا تغییر میدهد مثل اینکه اقرار می کند که مدعی به را از مدعی گرفتم ولی بعنوان هبه نه بعنوان وکالت.

(۷) Aveu Complex و آن اقراری است که دارای دو جزء مرتبط باشد مثل اینکه مدعی علیه اقرار بدین خود کند بااین ترتیب که می گوید آنرا پرداخته‌ام .
(۸) مقایسه شود بامادهٔ ۱۲۸۳ قانون مدنی

۳۵۱ مکرر ـ یکی از اصول مهم مربوط باقرار این است که : اصل تأثیر یك دفعه اقرار است مگر در مواردی کـه مقنن تکرار اقرار را شرط تأثیر آن قرار دهد (مانند اقرار در اثبات زنا و لواط و غیره) .

علم قاضی

۳۵۲ ـ علم قاضی علاوه براینکه ارزش اثباتی دارد برسایر ادلهٔ اثبات دعوی مقدم است باین معنی که هرگاه قاضی مطلع از حقیقت امر باشد استماع دلیل دیگر (مانند اقرار، شهادت و غیره) نخواهد نمود ولی درصورت فقدان اطلاع شخصی خود قانوناً مکلف است سایر ادلـهٔ اثبات دعوی را استماع نماید ؛ و قاضی در پذیرفتن این ادله از جانب خود اختیار ندارد یعنی ارزش این دلائل بنظر او بستگی ندارد زیرا قانون برای آنها ارزش قائل شده‌است (۱)

شهادت

۳۵۳ ـ شهادت هم مانند اقرار در دعوی و خارج دعوی ارزش اثباتی دارد ؛ بعکس اقرار ، اصل در شهادت تعدد است (یعنی دومرد باید شهادت بدهند . شهادت دو مرد را اصطلاحاً بینه گویند) و جز این مستثنی است ،

وهمچنین اصل عدم اعتبار شهادت زن‌است جز در مواردی که قانون تصریح بقبول آن نموده‌است (۲).

شهادت برشهادت‌مسموع است‌ولی شهادت ثالث مسموع نیست . شهادت«شاهد اصل» بوسیلهٔ شهادت دو « شاهدفرع » اثبات میشود . زن نمی‌تواند شاهد فرع‌قرار گیرد (۳)

شهادت بر اقرار مسموع‌است (٤) .

---

(۱) ماده ٤٥ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۲) » ٤٦ » » » » »
(۳) » ٤٧ » » » » »
(٤) » » » » » » »

شاهد بـاید عاقل و غیر مکره و بالغ و رشید (۱) بوده و مست و بیهوش و مبتلی بغفلت و نقص حواس مربوط بشهادت نباشد (۲) . شاهد باید دارای نسب مشروع بوده (۳) ونیز باید عادل باشد (مطلب شمارهٔ ۲۸۹)

۳۵۳مکرر ـ موارد رد شاهد(٤) عبارت است ازمواردی که‌عرفاً بتوان‌شاهدرا متهم بجانبداری از مشهودله نمود معذلك موارد ذیل مستثنی‌است :

الف ـ شهادت شریك بنفع شریك درغیر مورد اشتراك

ب ـ شهادت زوج بنفع زوجه

ج ـ شهادت زوجه بنفع زوج (بشرط اینکه زن بتنهائی شاهد نباشد)

۳٥٤ ـ عـدول شهود از شهادت خـود قبل از صدور حکم موجب بطلان شهادت است (٥)

در صورتیکه شاهد را دعوت بتحمل شهادت کنند وضرری از این کار متوجه اونشود مکلف‌است قبول کند(٦) وحق گرفتن اجرت برای این کارو‌برای اداءشهادت (۷) ندارد ولی هزینه‌های‌لازم برای تحمل واداء شهادت‌بعهدهٔ کسی‌است که‌استشهاد می کند .

۳٥٥ـ در دومورد ذیل‌شخص قانوناً مکلف باداء شهادت است :

الف‌ـ درصورتیکه قبلابه‌تحمل شهادت دعوت‌شده و آنرا تحمل نموده‌باشد .

ب ـ درصورتیکه از پیش خود متحمل شهادت شده و بداند کـه امتناع ازاداء

---

(۱) درحقوق‌امامیه باید شاهدشیعه باشد.
(۲) ماده ٤۸ ـ ٦۰ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۳) « ٥۰ « « « « «
(٤) « ٥۳ ـ ٥٤ ـ ٥٥ ـ ٥۹ « « « «
(٥) ماده ٦۱ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(٦) « ٦۳ « « « « «
(۷) « ۸ « « « « «

شهادت موجب ضرر مشهودله است (۱)

۳۵۶ ـ شهادت در طلاق ـ در صورتیکه دلیل اثبات طلاق شهادت باشد باید شهود دو مرد باشند قسم و نیز شهادت زن دراین مورد مسموع نیست (۲)

۳۵۷ ـ شهادت در نکاح ـ علاوه بر بینه ، هریك از دو دلیل ذیل می‌تواند نکاح را اثبات کند :

الف ـ یك شاهد مرد بضمیمهٔ دو شاهد زن

ب ـ یك شاهد بضمیمهٔ قسم مدعی (۳)

۳۵۸ ـ سلسله مراتب ادلهٔ اثبات ـ بین ادلهٔ اثبات ذیل ، سلسله مراتب وجود دارد (٤) یعنی با بودن آنکه مقدم است نوبهٔ استناد به آنکه مؤخر است نمی‌رسد :

الف ـ بینه

ب ـ شهادت یکمرد بضمیمهٔ شهادت دوزن (مخصوص به حق‌الناس است)

ج ـ شهادت یك شاهد مرد بضمیمهٔ قسم مدعی (مخصوص حق‌الناس است)

د ـ شهادت دوشاهد زن بضمیمهٔ قسم مدعی (مخصوص حق‌الناس است)

۳۵۹ ـ اموری که عادتاً ویا قانوناً اطلاع مردان بر آنها دشوار و غیرممکن است (مانند اثبات بکارت) باشهادت یك زن اثبات می‌شود . درهمهٔ این امور شهادت یکمرد هم کافی است (٥)

۳۶۰ ـ ولادت طفل بشهادت یك زن اثبات می‌شود ولی یك چهارم ارث بثبوت می‌رسد ، بشهادت دوزن نصف ارث و بشهادت سه زن سه چهارم ارث و بشهادت چهار زن تمام ارث اثبات می‌شود (٦) هرگاه شاهد از شهادتش عدول کند و یا شهادت

(۱) مادهٔ ٦٤ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۲) « ۷۰ « « « « «
(۳) « ۷۱ « « « « «
(٤) « ۷۳ - ۸۷ « « « «
(٥) « ۷٤ « « « « «
(٦) « ۷٥ « « « « «

دروغ بدهد درصورتیکه عین مدعی به ازبین نرفته باشد به‌محکوم علیه رد میشودو درصورتیکه عین مدعی به از بین رفته باشد شاهد مسئولیت مالی خواهد داشت و باید از عهدهٔ خسارت محکوم‌علیه بر آید (۱)

قسم

۳۶۱ ـ پس ازطرح دعوی از طرف مدعی حالات ذیل ممکن است اتفاق افتد :

الف ـ مدعی علیه اقرار بحق مدعی کند در اینصورت حکم بنفع مدعی‌صادر می‌شود .

ب ـ مدعی‌علیه اقرار نکند دراینصورت حاکم ازمدعی ، «بینه» می‌خواهد تا دعوی خودرا اثبات کند : اگر اقامهٔ بینه‌نمود حکم بنفع او صادر می‌شود .

ج ـ درصورتیکه اقامهٔ بینه نکند حاکم باو اخطار می کند که می‌تواند از مدعی‌علیه‌مطالبهٔ «قسم»نماید (قسم‌مدعی‌علیه یاقسم منکر) : اگر مدعی‌علیه‌سوگندبر بیحقی مدعی یادنمود حکم بنفع مدعی‌علیه صادرمی‌شود واعادهٔ محاکمه ممنوع‌است ولواینکه مدعی پس از صدور حکم ، اقامهٔ بینه کند .

د ـ اگرمدعی‌علیه سوگند مزبور را یاد نکند ورد قسم‌بمدعی نماید یعنی از او بخواهد که قسم برذیحق بودن خود یاد کند مدعی مکلف است که «قسم» (قسم مدعی) یـاد کند تا حکم‌له او صادر شود و درصورت نکول از قسم حکم قطعی علیه او صادر می‌شود (۲)

هـ ـ اگر مدعی‌علیه سوگند یادنکند وردقسم بمدعی‌نیز ننماید یعنی نکول کند (نکول مدعی‌علیه از قسم وردقسم) علیه او حکم صادر خواهد شد (۳)

۳۶۲ ـ قسم مدعی‌علیه دوقسم است :

اول ـ قسم بتی (تاءمشددة)

---

(۱) ماده ۲۰ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۲) « ۷٦ « « « « « «
(۳) « ۷۸ « « « « « «

دوم ـ قسم نفی العلم (۱)

۳۶۳ ـ قسم اساساً بعهده مدعی‌علیه است (۲) جز درموارد ذیل :

یك ـ قسمی که مدعی‌علیه بمدعی رد می کند (مطلب شماره ۳۶۱)

دو ـ درصورتیکه مدعی ، امین باشد .

سه ـ در موردی که شهادت یك شاهد مرد بضمیمهٔ قسم مدعی قانوناً پذیرفته می‌شود یعنی در حق‌الناس مربوط بامور غیر کیفری (۳) و در موردی که شهادت دوشاهد زن بضمیمهٔ قسم مدعی قانوناً پذیرفته می‌شود . این مورد بامورد بالا یکی است‌فقط بین‌این دودلیل اثباتی سلسله مراتب وجود داردیعنی یك شاهد مردبضمیمهٔ قسم مدعی مقدم است بردو شاهدزن بضمیمهٔ قسم مدعی (٤)

چهار ـ درمورد ادعاء قتل بطرفیت‌شخص یااشخاص معین ، دراینصورت‌مدعی باید بوسیلهٔ قسامه (مطلب شماره ۳۸۲) اثبات دعوی کند . این مورد مربوط بآئین دادرسی کیفری است (۵) .

ه ـ در موردلعان (مطلب‌شمارهٔ ۳۸۷)

۳٦٤ ـ قسم برای اثبات‌مال غیربکار نمی‌رود بنابراین‌ولی صغاردر دعوی‌مالی مربوط بآنان نمی‌تواند قسم یاد کند (٦)

---

(۱) ماده ۸۱ قانون آئین دادرسی (از کتاب‌مستنبط)

(۲) « ۸۲ « « « « «

(۳) و نیز در حق الناس مربوط بـامور کیفری در صورتیکه مجازات عمل حد وتعزیر نبوده بلکه دیه یاارش باشد.

(٤) ماده ۸۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۵) « ۸۸ « « « « « «

(٦) مادهٔ ۸۳ ـ ۸٤ قانون آئین‌دادرسی (از کتاب مستنبط)

قسم بضميمهٔ شهادت

۳۶۵ ـ (مقصود از شهادت درعنوان بالا شهادت یکمرد یاشهادت دوزن‌است) مورد استناد باین دلیل اثباتی فقط درحق‌الناس (جـز مستثنیات قانون وامور کیفری) است بشرط اینکه مدعی‌فاقد ادلهٔ ذیل باشد :

یك ـ بینه .

دو ـ یك شاهدمردبضمیمهٔ دوشاهدزن (به‌مطلب‌شمارهٔ ۳۸۱ نیزمراجعه‌شود)

فصل سوم

آئین دادرسی کیفری

قسمت اول

اصوا کلی دادرسی کیفری

الف ـ اصل قانونی بودن جرم و مجازات

ب ـ تفسیر شك بنفع متهم

ج ـ خاصیت طرق اثبات امور جزائی

اصل قانونی بودن جرم ومجازات

۳۶۶ ـ دواصل فوق که صریحاً درقانون مجازات عمومی دردورهٔ حقوق جدیدایران

مورد تصریح قرار گرفته است (۱) در حقوق جزای این دوره نص صریحی نسبت بآنها وجود ندارد ولی بنظر می رسد (۲) که عمومات قانون این دوره این دو اصل را اقتضاء میکند زیرا اگر این دو اصل را نپذیریم ناچاریم «تفسیر موسع» را در امور جزائی بپذیریم (۳) و این تفسیر بدون قیاس امکان پذیر نیست و این قیاس هیچوقت قطعی نخواهد بود (٤) بنابراین نظر به نص «الحدود تدرء بالشبهات» و اصالة البرائة (٥) نمیتوان حکم محکومیت در مورد جرم غیرمنصوص در قانون، یا مجازات غیرمذکور در آن صادر نمود.

۳٦۷ ـ نکته ـ مؤلفان فقه عامه و خاصه بطور ضمنی دو اصل مزبور را طرد نموده اند بدون اینکه دلیلی قاطع براین نظر ذکر نموده باشند.

تفسیر شك بنفع متهم

۳٦۸ ـ اصل در حقوق جزای این دوره بر برائت متهم است تا دلیل قطعی بر مجرمیت او حاصل شود.

نص «الحدود تدرء بالشبهات» و مدرك قانونی «احتیاط در دماء» و «اصالة البرائة» این مطلب را اثبات میکنند.

---

(۱) رجوع شود بمواد ۲ ـ ٦ قانون مجازات عمومی

(۲) رجوع شود بمادهٔ یك قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) رجوع شود بمطلب شمارهٔ ۲٦۳

(٤) زیرا در تمام موارد این قسم قیاسات، این احتمال موجه است که: شاید مقنن از نظر حفظ مصالح جامعه از افراط و تفریط قضات مایل نیست در کارهائی که نص قانون آنها را جرم ندانسته از راه قیاس جرم محسوب شود چه فتح باب در این مورد مستقیماً میدان بظهور افراط های قضائی می دهد.

(٥) بعضی از مؤلفان حقوق «قاعدهٔ قبح عقاب بلابیان» را هم مدرك اصل قانونی بودن جرم و مجازات شمرده اند که بنظر درست نمیرسد. رجوع شود به «فرهنك حقوقی» تألیف نگارنده (اصطلاح: قاعدهٔ قبح عقاب بلابیان)

خاصیت طرق اثبات امور جزائی

۳۶۹ ـ علماء حقوق برای دلائل جزائی از نظر تحولات تاریخ چهار دوره بشرح زیر قائل شده‌اند :

الف ـ **دورهٔ قدیم** ـ در این دوره رد و قبول دلیل اثبات دعوی بنظر رؤساء و بانفوذان قبیله‌ها بستگی داشت و اختیارات آنان در اینمورد محدود بحدی نبوده است .

ب ـ **دورهٔ مذهبی** ـ با دورهٔ قبل فرقی ندارد جز اینکه بجای رؤساء و بانفوذان قبیله‌ها ، رؤساء مذهبی قرار گرفته‌اند .

ج ـ **دورهٔ دلائل قانونی** ـ در این دوره قانون قبلا اقسام ادلهٔ اثبات و ارزش هریك را بیان کرده است، اهم دلائل ایندوره اقرار بوده است .

د ـ **دورهٔ دلائل معنوی یا ایمان قاضی** ـ در این دوره قانون قبلا ارزش هر یك از دلائل و موارد قبول آنها را معین نکرده و در این خصوص اختیار کامل بقاضی و هیأت منصفه میدهد .

امروزه ادلهٔ اثبات امور مدنی بصورت فقرهٔ (ج) و ادلهٔ اثبات امور جزائی بصورت فقرهٔ (د) است .

۳۷۰ ـ بنظر نگارنده باتوجه بمطالب شماره ۳۵۲ و ۳۷٤ از نظر خاصیت طرق اثبات امور جزائی در دورهٔ دوم تاریخ حقوق ما :

اولا ـ بین امور مدنی و جزائی فرقی نمی‌باشد (بعکس دورهٔ سوم) .

ثانیاً ـ ادلهٔ اثبات امور جزائی و مدنی ترکیبی است از دلائل معنوی و دلائل قانونی باین شرح که با وجود دلائل معنوی (علم قاضی) نوبه بدلائل قانونی نمی رسد و بین این دو قسم یك سلسله مراتب (و بقول قدماء : ترتب) وجود دارد .

باتوجه به اینکه دلائل معنوی (یعنی علم قاضی) بر «دلائل قانونی» تقدم دارد میتوان فهمید که مشخصات «دورهٔ مذهبی» بشرحی که فوق بیان کرده‌اند درست نیست .

قسمت دوم

ادلهٔ اثبات مشترک بین امور جزائی وامور مدنی

الف ـ اقرار

ب ـ علم قاضی

ج ـ شهادت

د ـ قسم

هـ ـ قسم بضمیمهٔ شهادت

اقرار

۳۷۱ ـ درامور کیفری نیز اقرار وسیلهٔ اثبات است ، ولی درجرائم مختلف ، تعداد دفعات اقرار فرق می کند .

ذیلا اقرار های مثبت جرم را ملاحظه می کنیم :

الف ـ برای اثبات زنا چهاردفعه اقرار لازم است (۱)

ب ـ برای اثبات لواط چهاردفعه (۲)

ج ـ برای اثبات زنا ولواط بامیت چهاردفعه (۳)

د ـ برای مساحقه چهار دفعه (٤)

هـ ـ برای اثبات سرقت دودفعه (٥)

---

(۱) مادهٔ ۱۰۱ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) « ۱۰٤ « « «

(۳) « ۱۰۷ « « «

(٤) « ۱۰۸ « « «

(٥) « ۱۱۱ « « «

برای سائرجرائم علی‌الاصل یك‌بار اقرار کافی است وقذف وقیادة از این اصل مستثنی نیست(۱) .

۳۷۲ـ اقرار بعدازانکارمسموع نیست وازاین‌جهت اقراردرامور کیفری مانند اقرار درامور مدنی است ، لکن درامر کیفری استثنائی که وجود دارد صورتی است که «مقربه» جرمی باشد که مجازات قانونیش «رجم» است مانند زنای محصنه وغیره، دراینصورت هرگاه مقرپس از اقرارانکار نمود رجم تبدیل به تعزیر می‌شود. (۲)

۳۷۳ ـ درامور کیفری (بعکس امور مدنی)اقرار مبهم‌پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه مقر اقرار کند که مرتکب جرم‌مستوجب حد (بمعنی‌اخص کلمه) شده که‌در اینصورت آنقدر شلاق‌زده میشود تا خود او بگوید بس‌است (۳)

علم قاضی

۳۷٤ ـ علم قاضی بهمان ترتیب که درامور مدنی دلیل اثبات است در امور کیفری هم دلیل اثبات است و در این‌مورد هیچ‌فرق بین مسائل‌مدنی و کیفری دیده نشده است .

شهادت

۳۷۵ ـ شهادت در امور کیفری نیز وسیلهٔ اثبات بوده است بترتیبی که ذیلا دیده میشود :

الف‌ـ برای‌اثبات زنا شهادت چهارمرد یا شهادت سه‌مرد و دوزن (٤). شهود باید درمجلس واحد مجتمعاً شهادت‌دهندوالا اثری برشهادت‌مترتب‌نخواهدشدمضافاً بر اینکه شهود مزبور مستوجب مجازات «قذف» خواهندبود (۵)

---

(۱) « ۱۰۹ ـ ۱۱۰ قانون آئین‌دادرسی (از کتاب‌مستنبط)
(۲) « ۳۵ » »
(۳) مواد۳۸ ـ ۳۹ » « (بمواد۴۳ـ٤٤ نیزمراجعه‌شود.)
(٤) مادهٔ ۱۰۲ قانون آئین دادرسی (از کتاب‌مستنبط)
(۵) « ۱۰۳ » » » »

ب ـ برای اثبات لواط شهادت چهارمرد (۱)

ج ـ برای اثبات زنا ولواط بامیت شهادت چهارمرد (۲)

د ـ برای اثبات مساحقه شهادت چهار مرد (۳)

۳۷۶ـ هـ ـ درسایر امور کیفری علی‌الاصل فقط «بینه» (یعنی شهادت دو مرد) دلیل اثبات است وشهادت بهیچ صورت دیگر مطلقا پذیرفته نیست مگر اینکه دو شرط ذیل جمع‌شود :

اولا ـ مسألهٔ کیفری جزو حق‌الناس باشد.

ثانیاً ـ مجازاتش حد وتعزیر نبوده بلکه دیه یا ارش باشد.

درصورت اجتماع این دو شرط میتوان بجای «بینه» ، شهادت یك شاهد مرد بضمیمهٔ دوشاهدزن را دلیل‌اثبات دانست، ود صورت فقدان آن میتوان شهادت یك شاهد مرد بانضمام قسم مدعی‌را دلیل اثبات تلقی نمود (٤)

۳۷۷ـ «شهادت فرع» در حدود و تعزیرات مسموع نیست و نیز زن نمیتواند شاهد فرع قرار گیرد (٥)

۳۷۸ ـ بلوغ شرط قبول شهادت در امور مدنی و جزائی است ولی در امور جزائی یك استثناء وجوددارد و آن درموردی است که بین اطفال قتل واقع شود در اینصورت شهادت «طفل‌ذکور ممیز» مسموع است بشرط اینکه جمعیت اطفال‌متفرق

---

(۱) ماده ۱۰٤ قانون آئین‌دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) « ۱۰٦ » » » »

(۳) « ۱۰۸ » » » »

(٤) تبصرهٔ سوم از مادهٔ ۸۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(٥) مادهٔ ٤۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

نشده باشد. رجوع از این شهادت و تکذیب آن ازطرف شاهد؛ مسموع نیست (۱).

۳۷۹ـ شرائط شهود (مطلب شمارهٔ ۳۵۳) جزائی باید ازحین اداء شهادت تا حین صدور حکم محکمه محفوظ باشد بر خلاف شهود مدنی که لازم نیست حین صدور حکم محکمه هم واجد شرائط باشند (۲).

قسم

۳۸۰ـ قسم بهمان کیفیت که درامور مدنی دلیل اثبات است درامور جزائی هم دلیل اثبات محسوب میشود.

بعضی ازاقسام قسم اختصاص بامور کیفری دارد که درمطلب شماره ۳۸۲ از آن بحث شده است.

قسم بضمیمهٔ شهادت (شهادت یك مرد یا شهادت دوزن)

۳۸۱ـ قسم بضمیمهٔ شهادت در صورت اجتماع دوشرط ذیل مجری است:

اولا ـ مسألهٔ کیفری جزوحق الناس باشد.

ثانیاً ـ مجازات جرم، حدو تعزیر نبوده بلکه دیه ویا ارش باشد (۳).

قسمت سوم

ادلهٔ اثبات مختص امورجزائی

الف ـ قسامه

ب ـ لعان

---

(۱) ماده ۴۹ قانون آئین دادرسی (ازکتاب مستنبط)
(۲) » ۶۰ » » » » »
(۳) تبصره سوم ازمادهٔ ۸۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

۳۸۲ـ و آن عبارت است از پنجاه قسم برای اثبات قتل عمد (و قسامه در قتل شبه عمد و خطائی بیست و پنج قسم است) که مدعی (یا مدعی علیه در صورت امتناع مدعی از قسم و برای رفع تهمت) بتنهائی یا بشرکت چهل و نه نفر از خویشاوندان مرد (اعم از اینکه این خویشاوندان از او ارث ببرند یا نه) و یا کمتر از چهل و نه نفر، اداء خواهد نمود (۱).

۳۸۳ـ در جرائم علیه جسم و جان (غیر از قتل) فرقی بین عمدی بودن و غیر عمدی بودن نیست و تعداد قسمهای قسامهٔ در این جرائم بشرح ذیل است:

اول ـ جرمی که دیه‌اش مساوی دیهٔ قتل است (یعنی هزار دینار) قسامهٔ آن شش بار قسم است.

دوم ـ اگر دیهٔ جرم ۱۶۶ دینار و دو سوم دینار باشد قسامه، یك قسم است. و در بیشتر از آن مقدار تا دو برابر آن، دو قسم است. و بهمین ترتیب تا هزار دینار ادامه پیدا میکند (۲).

۳۸۴ ـ هر گاه مدعی علیه از اداء سوگندها یا بعضی از آنها نکول کند علیه او حکم صادر میشود و حق رد قسم بمدعی را ندارد (۳).

۳۸۵ـ هر گاه مدعی علیه در قتل، بیش از یکنفر باشد هریك از مدعی علیهم در قتل عمد پنجاه قسم و در قتل غیر عمد بیست و پنج قسم یاد میکنند. یعنی شرکت در قتل موجب توزیع قسامه بین شرکاء قتل نمیشود (٤).

۳۸۶ـ از مدعی قتل در صورتی قسامه پذیرفته میشود که نتواند اقامهٔ بینه کند (۵) و نیز «لوث» وجود داشته باشد. لوث اماره‌ای است قضائی که موجب ظن حاکم بصدق

---

(۱) ماده ۹۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۲) » ۹۸ » » » »
(۳) » ۹٦ » » » »
(٤) » ۹۵ » » » »
(۵) » ۹۱ » » » »

مدعی‌شود؛ مثلا اگرمقتول درخانهٔ شخصی یافته شود لوث‌علیه ساکنین خانه (و بنفع مدعی قتل علیه آنان) وجوددارد (۱).

از جملهٔ شرائط پذیرفتن قسامه آن‌است که مدعی‌علیه معین‌باشد وگرنه‌باید بوسیلهٔ سایر ادلهٔ‌اثبات، دعوی‌را بثبوت رسانید

لعان

۳۸۷ـ فقط درمورد اثبات دعوی‌زنا یالواط ازطرف‌زوج علیه‌زوجه بکارمیرود بشرط اینکه‌مدعی، بینه نداشته باشد (دعوی مزبوررا اصطلاحاً « قذف زوجه بزنا و لواط » نامند).

تعداد قسمها درلعان ده‌دفعه است که بتساوی بین زوج و زوجه تقسیم میشود وتشریفات مخصوصی‌دارد (۲)

مؤلفان سلف، لعان‌را درردیف‌ادلهٔ اثبات نیاورده‌اند با اینکه باید آنرا در ردیف ادلهٔ مزبور قرارداد .

---

(۱) مادهٔ ۸۹ قانون‌آئین دادرسی (ازکتاب‌مستنبط)

(۲) مادهٔ ۱۰۰ مکرر ومادهٔ الحاقی آن ازقانون آئین‌دادرسی (ازکتاب‌مستنبط) وبکتاب « فرهنك حقوقی» تألیف نگارنده مراجعه‌شود.

مبحث پنجم

حقوق بین الملل عمومی

فصل اول ـ روابط دول در موقع صلح

فصل دوم ـ اختلافات بین المللی

فصل اول

روابط دول در موقع صلح

قسمت اول ـ اطلاعات عمومی

قسمت دوم ـ عهود بین‌المللی و آثار آنها

قسمت اول

اطلاعات عمومی

الف ـ مقدمه

ب ـ منابع حقوق بین‌الملل (در ابتداء دورهٔ وسطی)

ج ـ عهود بین‌المللی و اقسام آنها

مقدمه

۳۸۸ـ دراین‌دوره برخلاف دورهٔ سوم (که تابعیت ملل بستگی بمذهب ندارد)

ایران قطعه‌ای از کشور پهناوری بود که بر اساس مذهب بصورت یك موجود در روابط حقوق بین‌الملل وجود داشته‌است. ما در این مبحث آنمقدار از روابط بین‌الملل را که حاکم بر روابط دولتی که ایران هم جزء آن بوده با سایر دول (یعنی دول غیر اسلامی) مورد مطالعه قرار میدهیم زیرا مطالعهٔ این قسمت است که میتواند بتاریخ حقوق کشور ما مربوط باشد.

منابع حقوق بین‌الملل (درابتداء دورهٔ وسطی)

۳۸۹ـ مطالعهٔ حقوق اسلامی مخصوصاً «قانون جنگ» آن که ناظـر بر روابط بین‌المللی در بدأ دورهٔ وسطی است نشان میدهد که دولت مزبور در روابط بین‌المللی تسلیم هیچ قسم مقررات دیگر (ازقبیل عرف و عهود بین‌المللی) نبوده است، بلکه فقط ازقوانین داخلی خود پیروی می‌نمود، ولی این مطلب مانع از آن نبود که پاره‌ای از رسوم و عادات بین‌المللی درقوانین موضوعهٔ داخلی منعکس شود(۱) بعید نیست منع استعمال سم در جنگ وتحریم «مثله» ناشی ازعادات ورسوم بین‌المللی (یابین چند ملت) آن زمان بوده باشد. درهرحال مطالعهٔ روابط حقوقی دولتی که ایران هم جزو آن بوده با سایر دول، ازنظر تاریخ حقوق قابل ملاحظه است زیرا نتیجهٔ این مطالعه وقتی که با روابط حقوق بین‌الملل در دورهٔ سوم ازتاریخ حقوق کشور ما مقایسه‌شود حکایت ازیك تحول بارزحقوقی مینماید که نباید از نظردور داشته‌شود.

عهود بین‌المللی و اقسام آن

۳۹۰ـ در این دوره بین دولت‌های وقت و سایر دول درحالت صلح ازنظرارسال سفراء و نمایندگان روابط مهمی دیده نشده زیرا این نمایندگان برای مدت بسیار محدود (و فقط درحدود رساندن پیغام دولت متبوع بدولت دیگر) بین دول رد و بدل میشد و سفیر و نمایندهٔ مقیم وجودنداشت. مهمترین روابط دولت با سایـر دول در

---

(۱) و باصطلاح دانشمندان علم اصول جزو «احکام امضائی» گردد.

این‌عصر بصورت معاهدات بود. این معاهدات دو قسم بوده است:

الف ـ معاهداتی که قانون جنگ، مشخصات ونوع آنهارا معین کرده بود. (مطلب شمارهٔ ٦٩ ببعد)

ب ـ معاهداتی که مشخصات آنها در قانون ذکر نشده‌وتعیین مشخصات آنها بنظر رئیس حکومت بستگی داشت (مطلب شمارهٔ ٧٣ و ١٩٢)

قسمت دوم

عهود بین‌المللی و آثار آنها

الف ـ پیمان صلح‌دائم (عقد ذمه یا «ذمهٔ مؤبدة»)

ب ـ پیمان صلح موقت (مهادنه یا «معاهده»)

ج ـ پیمان صلح بطریق داوری (اعم از موقت‌وغیر موقت)

د ـ تأمین (پیمان صلح مطلق یا «ذمام»)

پیمان صلح دائم

٣٩١ـ (یاعقدذمه) بموجب این‌عقد که بین دولت و اهل ذمه (پیروان مذهب یهود، مسیح، زرتشت) منعقد میشد:

اولاً ـ استقلال سیاسی آنان ازبین می‌رفت وخاک آنها ازنظر سیاسی جزودار ـ الاسلام (قلمرو اسلام) بود،و تحت ادارهٔ سازمانهای مملکتی اسلام قرار میگرفتند. بنابراین حالت جنگ بکلی وبرای همیشه ازبین میرفت.

ثانیاً ـ جان‌و عرض ومال آنان درحمایت دولت اسلامی‌بود ودولت، مسئولیت

حمایت امور مزبور را داشت. این حق که بموجب این معاهده برقرار میشد جز در مدت محدودی بخوبی رعایت نمیشد وغالباً حکمرانان با اهل ذمه بد رفتاری میکـردند بدون اینکه برای عمل خود مستمسك قانونی و مشروع داشته باشند.

ثالثاً ـ حق مالکیت اموال غیرمنقول و منقول را داشتند.

رابعاً ـ اراضی موات ومعادن و جنگلها و کوهها و رودهای طبیعی و دریاها و خالصجات دولتی آنان از تصرفشان خارج ومتعلق برئیس حکومت میگردید.

خامساً ـ هر یك از این اجانب مکلف به تأدیهٔ سالیانهٔ جزیه بخزانهٔ دولت بودند ، وتخلف از پرداخت موجب میشد که متخلف ، از مزایای «عقد ذمه» محروم گردد و متخاصم شناخته‌شود.

اشخاص ذیل معاف از پرداخت جزیه بودند :

الف ـ بردگان

ب ـ زنان

ج ـ صغیر وسفیه و مجنون

د ـ پیران و کلیهٔ اشخاصی که کار جنگی از آنها ساخته نبود مانند مفلوج و شل وغیره

تعیین کمیت و کیفیت جزیه بنظر رئیس حکومت بستگی داشت، ممکن بود جزیه سرانه یا ارضی یا مخلوطی از دونوع باشد.

سادساً ـ اهل‌ذمه از ساختن معابدجدید (پس از انعقاد عقد ذمه) ممنوع بوده ولی میتوانستند معابدی‌راکه قبل‌از انعقاد عقد ذمـه داشته‌اند تعمیر کنند و رسوم مذهبی خودرا بکار ببرند. اهل‌ذمه از ورود بشهرهای مکه و مدینه ممنوع بوده‌اند (مطلب ۱۵۹)

۳۹۲ـ سابعاً ـ اهل‌ذمه می‌توانستند طبق‌قوانین موضوعهٔ خود (در حقوق خصوصی وحقوق عمومی تا جائیکه بامقررات مملکت مخالف نباشد روابط حقوقی خـود را

تنظیم نموده و محاکم مخصوص بخود داشته باشند؛ ومیتوانستند ازمحاکم اسلامی هم استفاده کنند ولی این محاکم ملزم به رسیدگی بدعاوی آنان نبوده اند (۱)

۳۹۳ ـ نکته ـ عقدذمه فقط با اجانبی منعقد میشد که اهل ذمه بودند. این عقد ممکن بود حین جنگ وپس ازجنگ وقبل از جنگ منعقدشود.

۳۹۴ ـ تبصره ـ عقدذمه بیکی ازسه جهت ذیل منحل میشد و حالت جنگ و خصومت برقرار میگردید:

اول ـ ندادن جزیه

دوم ـ اقدام علیه امنیت عمومی کشور

سوم ـ مخالفت باهر یك از شرائط مندرج در متن عقدذمه

۳۹۵ ـ ارتکاب جرائم مذکور درقانون مجازات اسلامی از طرف اهل ذمه موجب انحلال عقدذمه نبوده است بلکه مجرم مطابق قانون مزبور (مانند تبعه) تعقیب جزائی میشد ودر بعضی جرائم مجازات آنان شدیدتر ازمجازات تبعه بوده است.

۳۹۶ ـ نکته ـ جزیه جزو عوائد عمومی (عایدی بیت المال) بوده است رئیس حکومت با استفاده از اصل صلاحیت اداری خود (مطلب شمارهٔ ۶۲ ببعد) کمیت و کیفیت جزیه را معین میکرد مثلا رعایت حال فقراء واغنیاء را از حیث مقدار جزیه می نمود (۲) مناسب است در اینجا ترجمهٔ یك متن حقوقی که فهرستی از کمیت و کیفیت جزیه را در چهار ده از دهات مدائن بیان میکند ضبط کنیم:

شخصی بنام مصعب چنین میگوید: علی (ع) مرا برای گرفتن جزیهٔ چهار ده از دهات مدائن استخدام نمود و دستور داد که بشرح ذیل جزیه بگیرم:

---

(۱) مواد ۲۸ ببعد قانون حرب (از کتاب مستنبط)

(۲) زرارة قلت لابیعبدالله (ع) ماحد الجزیه علی اهل الکتاب وهل علیهم فی ذلك شیئی موظف لاینبغی ان یجوز الی غیره؟ فقال: ذلك الی الامام یاخذ من کل انسان منهم ماشاء علی قدر مایطیق.

الف ـ زراعتی که خوب روئیده باشد درهرجریب یکدرهم ونیم

ب ـ زراعتی که خوب نروئیده‌باشد درهر جریب دوسوم درهم

ج ـ زراعتی که متوسط بین خوب و بد باشد درهر جریب‌یکدرهم

د ـ از هر جریب درخت‌خرما ده‌درهم

ه ـ از هرجریب زراعت انگور ده درهم

و ـ هرجریب که درخت‌خرما و سایراشجار درآن‌باشد ده‌درهم گرفته‌شود از درختان خرماکه بطور انفراد ودور از باغات قراردارد چیزی گرفته نشود.

ز ـ ازمالکین‌دهات چهل‌وهشت درهم

ح ـ ازطبقات متوسط مالکین اراضی وتجار بیست‌وچهار درهم

ط ـ ازطبقات پست وفقیر دوازده درهم

مصعب میگوید هیجده‌میلیون درهم جمع‌میکردم (۱)

پیمان صلح موقت

۳۹۷ـ (یا معاهده یا مهادنه) این‌عقدصلح مانند عقدذمه ممکن بودقبل‌ازجنك یا حین‌جنك ویا بعنوان ختم‌جنك منعقدشود ولی :

اولا ـ برخلاف عقدذمه که نتیجه‌اش صلح‌دائم است نتیجهٔ مهادنه ، صلح‌موقت است وباید درمتن عقد مدت آن معلوم گردد که ممکن است مدت مزبور بیش از یکسال باشد.

ثانیاً ـ این‌عقد، استقلال سیاسی خصم‌را ازبین نمیبرد.

ثالثاً ـ ممکن بود طرف این‌عقد اهل ذمه و یا غیر اهل ذمه باشند، اصطلاحاً پس‌از انعقادعقدذمه هریك از اهل ذمه را ذمی‌مینامیدند ولی‌پس از انعقاد قرار داد صلح‌موقت (مهادنه) هریك از اتباع خصم‌را «معاهد» نامیده‌اند .

---

(۱) مادهٔ ۲۸ قانون‌حرب وشرح آن (از کتاب مستنبط)

۳۹۸ـ نتیجهٔ این قرارداد مانند «قرارداد صلح بطریق داوری» (مطلب شمارهٔ ۴۰۰) عدم‌تجاوز و تعرض ازطرفین بوده‌است. اگرخصم طرف قـرارداد صلح موقت؛ مرتکب اعمال و رفتاری میشد که بیم‌خیانت آنان میرفت رعایت تعهدناشی‌ازقرارداد مزبور برحکومت لازم‌نبود.

مخالفت بامقررات این‌قرارداد ازطرف یکی از اتباع خصم موجب محرومیت همان‌فرد از مزایای مهادنه میشد یعنی‌همان فرد بخصوص؛ خصم‌محسوب میگـردید مگراینکه حکومت متبوعهٔ او از وی‌حمایت میکرد که در اینصورت قرارداد مزبور بکلی منحل میشد.

۳۹۹ ـ تبصره ـ مطابق‌قوانین حقوق‌بین‌الملل خصوصی ایندوره بیگانگانی که تابعیت اسلامی‌را میپذیرفتند قانوناً مکلف بودند که محل‌اقامت خودرادرقلمرو اسلامی قرار دهند و از خاک‌بیگانه مهاجرت کنند (۱).

ممکن‌بود درمتن عقد مهادنهٔ شرط شود که مردان افراد خصم در صورتیکه تابعیت اسلامی‌را بپذیرند ازتکلیف فوق (یعنی مهاجرت مزبور) معاف باشند(۲)ولی نسبت بزنان بالغ از افراد خصم که تابعیت مزبور را میپذیرفتند شرط مزبور قانوناً ممنوع بود و زنان مزبور مکلف بمهاجرت بودند؛ شوهران آنان فقط حق تقاضای مهر آنان راازدولت اسلامی داشتند و دولت مکلف‌بود که ازمحل غنائم جنگ مهر

---

(۱) بهمین مناسبت قلمر اسلامی را « دارالهجرة» نیز می گفتند.

(۲) درصورتی که چنین شرطی‌می‌شد ومردانی که معاهد بوده وبتابعیت‌اسلام در آمده بودندوبقلمرو اسلامی وارد می‌شدند دولت موظف باعادهٔ‌آنان نبوده و مسئولیت اعمال آنان‌را علیه‌حکومت معاهدخودشان‌قبول‌نمی کردولی‌حکومت معاهد را دراسترداد ودستگیری آن‌ها آزادمی گذاشت.

آنان رابشوهران آنان بپردازد .(۱)

پیمان صلح بطریق داوری

۴۰۰ ـ در جنگهائی که بین دولت اسلام باسایر دول رخ میداد گاهی خصم حاضر میشد که از طریق حکمیت ، پیمان صلح (موقت یا غیرموقت) برقرار کند این نوع پیمان‌صلح بین‌طرفین برقرار میشد؛ وفرمانده سپاه اسلامی بنام‌خود ولی‌ازطرف دولت متبوعه پیمان‌صلح‌را مقرر میداشت. این‌پیمان ممکن بود باهریك ازدول بیگانه منعقد گردد اعم ازاینکه اهل‌ذمه باشندیانباشند.

۴۰۱ ـ داور ممکن بود به پیشنهاد خصم تعیین شودولی میبایست‌مورد قبول دولت اسلامی قراربگیرد. داور ممکن‌بود حکم بانحلال استقلال خصم بدهـد، نظر داورحتی دراینمورد هم قابل‌قبول بود؛ در اینصورت قرارداد صلح‌نه‌جنبهٔ موقت‌داشت ونه جنبهٔ دائم . ولی درصورت بقاء استقلال خصم، این‌عقد همیشه موقت بوده است. داور میتوانست پیشنهاد کند که قرارداد صلح بطریق مهادنه (مطلب شمارهٔ ۳۹۷) با همهٔ شرائط آن برقرار شود . داور نمیتوانست بر خلاف قوانین امری اسلام پیشنهاد صلح کند مثلا نمیتوانست که درمورد اجانبی که اهل ذمه نبوده‌اند پیشنهادپیمان‌صلح دائم (مطلب شماره۳۹۱) نماید زیرا صلح‌دائم مختص به اهل‌ذمه بوده است(۳)

۴۰۲ ـ اثر عقد صلح بطریق داوری ـ آثار این قـرارداد باین ترتیب بوده است :

الف ـ درصورتیکه قرارداد مزبورموقت‌بود طرفین ازهر گونه‌تعرض بیکدیگر خودداری میکردند ، چه پیمان مزبور بیش از هر چیز پیمان عدم تعرض‌بوده‌است.
ب ـ درصورتیکه قراردادمزبورموقت‌نبود یعنی‌داورحکم به‌نابودی‌استقلال‌خصم

---

(۱) ماده ۳۳قانونحرب (از کتاب مستنبط)
(۲) ماده ۳۴تا۴۰ « « « «

ب عمل می‌شد :

نسبت به اجانبی که اهل ذمه نبودند در صورتیکه تابعیت اسلامی را نمیپذیرفتند مجدداً حالت جنگ حکمفرما بود .

ثانیاً ـ نسبت باجانبی که اهل ذمه بودند درصورتیکه تابعیت اسلامی ویاشرائط «قرارداد صلح دائم» را نمیپذیرفتند مجدداً حالت جنگ حکمفرما میشد ، ولی در صورت قبول تابعیت مزبوریا تسلیم بشرائط «قرارداد صلح دائم» (مطلب شمارهٔ ۳۹۱) حالت جنگ بکلی از بین میرفت .

پیمان صلح مطلق

۴۰۳ ـ (یا تأمین) هرمسلمانی که عاقل وبالغ ورشیدبوده درشرائطی که اکراه وجود نداشته است میتوانست بیك یاچند نفر ویا بتمام افراد خصم تأمین بدهد؛ این حق برای زنان وبردگان نیز شناخته شده‌بود، ولی تأمین درصورتی درست بودکه:

اولا ـ قبل از پیروزی برلشکر خصم داده شده‌باشد خواه اساساً جنگ صورت نگرفته باشد خواه اینکه اقدامات جنگی بعمل آمده ولی هنوز شکست خصم معلوم نشده باشد. فقط رئیس حکومت می‌توانست که پس از شکست خصم نیز بآنان تأمین بدهد.

ثانیاً تأمین خصم نمیبایست متضمن مخالفت مصالح عمومی باشد. بنابراین بجاسوس تأمین داده نمیشد .

۴۰۴ ـ تأمین ممکن بود بصورت قرارداد درآید و ممکن بود بصورت قرارداد نباشد باین معنی که بدون اینکه خصم تقاضای تأمین کند باو تأمین داده‌شود.

تأمین ازطرف هریك از افرادمسلمان که داده میشد برای سایر افراد مسلمان الزام آور و لازم‌الرعایه بودو نقض تأمین ممنوع بوده است ومتخلف تعزیرمیشد .

۴۰۵ ـ شخصی که تأمین میگرفت (مستأمن نامیده می‌شد)میتوانست درقلمرو

اسلامی یا در کشورهای دیگر توقف یاسکونت کند مگر اینکه تأمین بشرط سکونت درناحیهٔ معین داده میشد .

نتیجهٔ تأمین، صلح مطلق بوده است (یعنی نه موقت و نه دائم) بنابراین تأمین؛ مدت خاصی نداشت ولی تأمین دهنده همیشه حق داشت برای آن مدت معین کند .

۴۰۵ مکرر ـ چنانکه ازشرائط هریك از چهار قسم قرارداد مزبور استفاده میشود درتمام این قراردادها دولت اسلامی طرف فاتح قرار داد فرض شده است، این وضع درتمام مدت دورهٔ وسطی دوام نداشت : اولا ـ خاك پهناور امپراطوری اسلامی به کشورهای متعددی تجزیه شدو بین این کشورها که پس ازتجزیه بوجود آمده بودند جنگهائی واقع شد، وقرارداد صلح بین آنان برقرار میشد این نوع قرارداد صلح طبعاً نمیتوانست بصورت هیچیك ازقراردادهای چهارگانهٔ مزبور باشد. ثانیاً ـ کشور- های اسلامی که پس ازتجزیه بوجود آمده بودند گاهی طرف جنگ وصلح باکشور- های غیراسلامی قرار میگرفتند و قرارداد صلحی منعقد میکردند که نمیتوانست از جنس قراردادهای چهارگانهٔ مزبور باشد زیراطرف مغلوب قرارداد صلح واقع میشدند مانند معاهدهٔ ترکمانچای وامثال آن .

فصل دوم

اختلافات بین المللی

قسمت اول

اطلاعات عمومی راجع بجنگ

الف ـ راه حل اختلافات بین المللی

ب ـ مشروعیت جنگ تعرضی

ج ـ اصل حاکمیت خارجی دول

د ـ قانون جنگ

ه ـ اعلان جنگ

و ـ جنگ داخلی و خارجی

ز ـ جنك تعرضی و تدافعی

ح ـ جنك قانونی وجنك غیر قانونی

راه حل اختلافات بین المللی

۴۰۶ ـ درحقوق ایندوره نه‌تنها جنك ممنوع نبود بلکه قانوناً حالت جنك بین دولت اسلامی و کشورهای خارجی حکمفرما بود و باستناد این قانون؛ دولت درصورتی که مستعد حمله بود و مصلحت را مقتضی میدید مبادرت بعملیات جنگی میکرد. بنابر این تنها راه حل اختلافات بین المللی جنك بوده است. بلکه جنك اساساً ضامن اجراء «دعوت بتابعیت» بود. قبل ازجنك مذاکرات مستقیم بترتیب خاصی بعمل میآمد یعنی خصم دعوت باسلام میشد (مطلب شمارهٔ ۴۱۰) درصورت رددعوت، تنها قاطع اختلاف جنك بود.

مشروعیت جنك تعرضی(۱)

۴۰۷ ـ ازنظر قانون داخلی جنك تعرضی بمنظور نشرایدئولژی جدید و توسعهٔ سعادت دربشر به عنوان «جهاد دعوت» مشروع شناخته شد بوسیلهٔ این جنك دعوت اجانب باسلام بمرحلهٔ نهائی خود میرسید.

اصل حاکمیت خارجی دول

۴۰۸ ـ قوانین ایندوره اساساً برای دول دیگر موجودیت قائل نبوده و آنها را برسمیت نمیشناخت بنابراین حاکمیت خارجی آنها را هم بالطبع قبول نداشت، چه قبول حاکمیت خارجی يك دولت فرع برشناسائی آن دولت است ازطرف دول دیگر، زیرا بوسیلهٔ این شناسائی است که يك موجود حقوقی درصحنهٔ حقوق بین الملل عمومی متولد میگردد و سپس دارای حق حاکمیت خارجی میشود.

---

(۱) این تعرض از نظر قانون اسلامی عاری از مفهوم تجاوز بوده است زیرا این جنگ که جهاددعوت نامیده شده دارای هدف مقدسی بوده است.

۴۰۹ ـ بعلت مشروعیت جنك تعرضی درقوانین موضوعهٔ ایندوره یك رشته مقررات مفصل و مشروح راجع بجنك دیده میشود این نکته از نظر تحول تاریخی حقوق ما و بلکه حقوق بشر قابل ملاحظه است.

اعلان جنك (۱)

۴۱۰ ـ درجنگهای تعرضی (جهاددعوت) ایندوره قانون مقرر میداشت که قبلا باید متخاصم را دعوت بپذیرفتن تابعیت اسلام نمود، اهل کتاب درصورت استنکاف از قبول تابعیت میتوانستند قرارداد صلح دائم (مطلب شمارهٔ ۳۹۱) منعقد نمایند و در صورت خودداری از بستن این قرارداد جنك حتمی میشد. خصم درصورتیکه اهل کتاب نبود قانوناً نمیتوانست قرارداد صلح منعقد کند بلکه قبول قرارداد صلح بنظر حکومت اسلامی بستگی داشت که برحسب مقتضیات و مصالح بصور مختلف (مطالب شمارهٔ ۳۹۷ـ۴۰۰ـ۳ـ۴۰۴) پیمانهای صلح منعقد میشد(۲).

جنك خارجی وداخلی

۴۱۱ ـ جنك درقوانین موضوعهٔ ایندوره دوقسم بود:

الف ـ جنك داخلی (۳) وآن جنگی است که قوای دولت با شورشیان مسلح داخلی که علیه حکومت قیام میکردند مینمود مانند جنك معروف نهروان.

---

(۱) ماده ۱۱ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) بعنوان ضبط در تاریخ حقوق مناسب است متن دعوتنامه‌ای که در ایندوره بطرف متخاصم ابلاغ می شود و در آن منتهی بوقوع جنك میگردید درج شود:

بسم الله ادعوك الی الله و دینه، وجماعه امران: احدهما معرفة الله و الآخر العمل برضوانه وان معرفة الله ان تعرفه بالوحدانیة والشرافة والعلم والقدرة والعلو فی کل شیئی، وانه الضار النافع الظاهر لکل شیئی، الذی لاتدرکه الابصار وهو یدرك الابصار وهو اللطیف الخبیر وان محمداً عبده ورسوله، وان ماجاء به هو الحق من عندالله، وان ماسواه لهو الباطل

(۳) ماده ۴۱ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

ب ـ جنك خارجی که با نفرات خارجی و کشورهای بیگانه صورت میگرفت. مقصود از خارجی کسانی بودند که تابعیت اسلامی را نداشته‌اند خواه ساکن قلمرو اسلامی باشند خواه نه.

جنك تعرضی و تدافعی

۴۱۲ـ جنگهای خارجی در قوانین موصوعهٔ ایندوره دو نوع بود:

۱ـ جنك تعرضی که برای دعوت اجانب بتابعیت اسلامی صورت میگرفت (مطلب شمارهٔ ۴۰۷)

۲ ـ جنك تدافعی (که اصطلاحاً دفاع نامیده شده است) که بمنظور دفاع از قلمرو اسلامی ومنع اشغال نظامی آن وحفظ جان سکنهٔ کشور صورت میگرفت (۱)

جنك قانونی ـ جنك غیر قانونی

۴۱۳ ـ جنك در موارد ذیل غیر قانونی بوده است:

الف ـ جنك بدستور حکومت غیر قانونی

ب ـ جنك در ماههای حرام (ذوالقعده ـ ذوالحجه ـ محرم ـ رجب) با اجانبی که در قانون خود جنك در این اوقات را ممنوع میدانستند.

جنك در غیر موارد بالا قانونی بوده است.

قسمت دوم

مقررات جنگ و غنیمت

الف ـ صفت متخاصم

---

(۳) مادهٔ ٥ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

ب ـ حدود عملیات جنگی

ج ـ اسراء جنگی

د ـ مرضی ومجروحین

هـ ـ آثار اشغال

و ـ غنائم جنك

صفت متخاصم

۴۱۴ ـ در قوانین موضوعهٔ ایندوره صفت متخاصم بطبقات ذیل داده شده‌است:

الف ـ کسانی که اهل کتاب نبوده و هیچ نوع پیمان صلح بـا دولت اسلامی نداشتند.

ب ـ کسانی که اهل کتاب بوده ولی پیمان صلح بادولت اسلام نداشتند. متخاصم را اصطلاحاً «کافر حربی» وبطور خلاصه «حربی» می گفتند.

حدود عملیات جنگی

۴۱۵ـ نص قوانین موضوعهٔ این دوره کشتن و تعرض نسبت باشخاص ذیل از افراد خصم را ممنوع شمرده است:

الف ـ زن

ب ـ صغیر (نابالغ) وسفیه ودیوانه

ج ـ پیران و اشخاصی که قادر بعملیات جنگی نبوده‌اند.

د ـ قاصد جنك مادام که در سمت خود انجام وظیفه میکرد.

هـ ـ مرضی مادام که عملیات جنگی از آنـان ساخته‌نبود (۱)

۴۱۶ـ در صورتیکه پیشرفت امور جنگی اقتضاء می کرد که بیك یاهمهٔ طبقات فوق تعرض شود مانعی برای تعرض وجود نداشت حتی اگـر مسلمانی هم در لشکر

---

(۱) ماده ۱۲ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

خصم وجود داشت و پیشرفت امور جنگی مستلزم تعرض بجان او بود مانعی برای تعرض نبود ولی دیهٔ‌او از بیت‌المال داده‌میشد (۱).

۴۱۷ـ نکته ـ اصول کلی قوانین اسلامی، تخریب آبادی و اراضی و زراعت و نظائر آنهارا بدون احتیاج جنگی ممنوع شمرده‌است. استعمال‌سم وارتکاب «غدر» (یعنی تجاوز بدشمن پس ازدادن‌تأمین‌قانونی ـ مطلب شماره ۴۰۳) و مثله‌را درجنك مطلقا منع‌نموده و مرتکب را قابل مجازات دانسته است.

اسراء جنگی

۴۱۸ـ این اسراء از نظرقوانین موضوعهٔ این‌دوره‌بسه‌گروه تقسیم میشدند:

الف ـ اسرائیکه حین عملیات جنگی دستگیر میشدند و تابعیت اسلامی را نمی‌پذیرفتند. این اسراء قانوناً کشته میشدند.

ب ـ اسرائیکه حین عملیات جنگی دستگیر شده و تابعیت اسلامی را می‌پذیرفتند، تمام مزایای تبعه‌را داشته و آزاد بودند.

۴۱۹ـ ج ـ اسرائیکه پس از ختم‌عملیات جنگی دستگیر میشدند مطلقا(خواه حاضر بقبول تابعیت اسلامی می‌شدند خواه نه) بدستور رئیس‌حکومت یکی ازسه امرذیل نسبت بآنان مجری‌میشد:

یك ـ آزادکردن اسیر بدون گرفتن‌عوض درمقابل آزادکردن

دو ـ آزادکردن اسیر در مقابل‌گرفتن‌عوض. این‌عوض اگرمال بود جزوغنائم جنگی محسوب میشد.

سه ـ حکم به‌بردگی اسیر داده میشد در اینصورت‌جزو غنائم‌جنگی بود (۲).

۴۲۰ ـ نکته ـ احکام‌فوق شامل‌حال اسرائی بودکه:

اولا ـ مرد باشند.

---

(۱) ماده ۱۳ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۱۹ » » »

ثانیاً ـ بالغ باشند :

بافقدان هریك ازاین دوشرط حکم به بردگی اسیر داده میشد و جزو غنائم جنگی محسوب بود .

مرضی ومجروحین

۴۲۱ـ مجروحین از حیث مقررات مربوط باسراء که در بالا گفته‌شد فرقی با اشخاص‌سالم نداشتند جز دراین مورد که هرگاه اسیر میشدند و نمیتوانستند بهمراه شخص اسیر کننده حرکت کنند و وسائل‌حرکت آنان هم موجود نبود آنان را بحال خوددر همان میدان جنك میگذاشتند (۱) ولی مرضی مادام که عملیات جنگی از آنان ساخته‌نبود مصون ازهر گونه تعرض بودند (مطلب شمارهٔ ۴۱۵)

آثار اشغال

۴۲۲ ـ درصورتی که پس ازاشغال‌پیمان‌صلح مشعر بررفع اشغال منعقدنمیشد حق حکمرانی دولتی که خاکش اشغال‌شده ازبین میرفت‌وبالنتیجه اموال‌دولتی دولت مغلوب بتصاحب‌دولت غالب‌درمیآمد (مطلب‌شمارهٔ۷۵) وسکنهٔ خاك اشغالشده‌حکم «اسیر بعدازجنك»را داشتند (مطلب‌شمارهٔ۴۱۹) یعنی‌ممکن‌بود حکم‌باسترقاق آنان داده‌شود. ولی‌عملابدون‌عوض یادرمقابل‌عوض (که«فداء»نامیده‌می‌شد) آزادمی‌شدند وغالباًتابعیت‌دولت غالب‌را میپذیرفتند، دراینصورت‌اموال آنان هم محفوظ‌بود ولی‌در صورت عدم‌قبول تابعیت، اموال آنان‌جزو غنائم جنك محسوب میشد؛ و اراضی آنان بشرحی که درفقرهٔ(ج) ازمطلب‌شمارهٔ ۷۶ و درمطلب شمارهٔ۱۲۷ بیان‌شد بمسلمین منتقل میشد .

غنائم جنگی

۳۲۳ـ غنائم جنگی عبارت بوداز :

---

(۱)مادهٔ ۲۱ قانون حرب (ازکتاب مستنبط)

الف ـ اموال‌منقول و غیرمنقول خصم‌مغلوب (اعم از نظامی وغیرنظامی)
ب ـ اسراء جنگی که حکم بردگی آنان از طرف مقام صلاحیتدار داده میشد .

قانون جنگ ، حیازت غنیمت‌را ازاسباب تملك غنیمت محسوب میداشت‌نهایت اینکه تعیین حصهٔ هر صاحب غنیمت بستگی بنظر رئیس حکومت یاقائم مقام او داشت .

سایرمقررات مختلف‌مربوط بغنائم جنك درقوانین این‌دوره ازنظرروابط بین‌المللی مورد مطالعه‌قرار نمیگیرد بلکه بحقوق‌داخلی مربوط است.

کتاب دوم

تاریخ حقوق خصوصی

مبحث اول ـ حقوق خصوصی

مبحث دوم ـ حقوق بین‌الملل خصوصی

مبحث اول

حقوق خصوصی

فصل اول ـ کلیات

فصل دوم ـ اشخاص

فصل سوم ـ مالکیت

فصل چهارم ـ مسئولیت

فصل پنجم ـ خانواده

فصل اول

کلیات

قسمت اول

جهل بقانون ـ تأثیر استنباط کلی در قانون ـ عطف قانون بماسبق

الف ـ عذر جهل بقانون(۱)

ب ـ استنباط کلی و تأثیر آن در قوانین تحققی

Ignorance de la loi(۱)

ج ـ تغییر استنباط وعطف قانون بماسبق

عذر جهل بقانون

۴۲۴ـ ازابتداء این دوره ازتاریخ حقوق ما تاهفت‌قرن اطلاع درستی از طرز نشر قانون و خصوصیات آن در دست نیست . در مطالب ۲۱۲ـ۲۱۳ تا اندازه‌ای از کیفیت نشر قانون اطلاعاتی بدست‌آمده است ولی این‌اطلاعات‌مربوط بعصرحکومت غازان (وشاید سلطنت ایلخانان وسلاجقه) است و ممکن است شامل‌اعصار مشابه (مانند دورهٔ تیموریان و صفویه) نیزباشد اما در اعصار ماقبل حکومت مغول ترتیب نشرقانون بچه‌کیفیت بوده اطلاعی بدست نیست .

نظر بجهات فوق درتألیفات حقوقدانان این‌دوره بین مؤلفان در مسألهٔ «پذیرش عذرجهل بقانون» اختلاف نظرعمیق وجود دارد(۱) وبحث جامع ومانعی دراطراف این‌اصل مهم‌دیده نشده است ، حتی‌نصوص مربوط باین‌موضوع با یکدیگر تعارض دارند(۲) ولی در پاره‌ای ازنصوص در مورد زنی‌که باداشتن شوهر مجدداً ازدواج نموده بود می گوید :

« چون این‌زن ساکن قلمرواسلامی بوده و دراین زمان (یعنی آخر قرن اول « هجری) کلیهٔ زنان‌مسلمان میدانندکه یك زن حق ندارد دو شوهر داشته باشد « مجرم است چه **اگرزنی مرتکب‌فجورشودو بگوید نمیدانستم‌یااطلاع بحرمت «عمل نداشتم و مجازات نبیند قانون جزا تعطیل میشود** »

---

(۱) درحقوق جزای‌مدرن‌هم همین اختلاف دیده‌می‌شود زیرا تنهاوجودصنعت‌چاپ ومطبوعات ورادیو وسازمانهای منظم کافی نیست که‌مردم بتوانند بآسانی ازهمهٔقوانین روز مطلع گردند .

(۲) مانند این‌دونص :

الف ـ لایسع‌الناس حتی‌یسألوا ویتفقهوا

ب ـ الناس فی‌سعة مالا یعلمون

باتوجه باین نص ونظائر آن بنظرمیرسد که در قوانین ایندوره جز درمواردی که نص قانون ، عذر جهل بقانون را مسموع دانسته‌اصل؛ عدم استماع عذرجهل بقانون است مگراز کسی که ادعاء کند «جهل قصوری»(۱) داشته‌است وادعـاء مزبور برحاکم محکمه ثابت‌شود(۲)ولی درامور مدنی‌مقررات جهل‌بقانون‌حسب‌الموارد فرق‌میکند.

۴۲۵ـ نکته ـ دردورهٔ سوم عقیدهٔ بعضی براین است کـه مقنن پس از اجراء تشریفات نشرقانون (مواد ۱ـ۲ـ۳ قانون مدنی) فرض‌علم برای تمام افراد میکند، و این‌مطلب را ناشی از عملکرد میدانند. این نظر تقریباً در امورجزائی درست‌نیست چه‌جهل بقانون را عملا موجب تخفیف مجازات میدانند.

استنباط کلی وتأثیرآن در قوانین تحققی

۴۲۶ـ استنباط ازقوانین تحققی دو قسم است:

الف ـ استنباط قضائی ـ این‌استنباطی است که قاضی‌بمنظور حل وفصل دعاوی از قوانین موضوعه می کند (مطلب شمارهٔ ۳۵)

ب ـ استنباط غیر قضائی ـ این استنباط هم از قوانین موضوعه صورت میگیرد نهایت اینکه بمنظور حل و فصل دعاوی و قطع ترافع نبوده و ناظر بموردی که‌در خارج اتفاق افتاده نمیباشد (مطلب شماره ۳۵)

۴۲۷ـ نکته ـ هریك از دوقسم استنباط بالا ممکن است‌بصورت استنباط کلی

---

(۱) جهل قصوری ـ درموردی است که‌شخص جاهل بقانون ، عادتاً وسیله‌ای در دراختیار نداشته باشد که بآن وسیله بتواند اطلاع از قانون حاصل نماید . کسی که چنان وسیله‌ای را در اختیار دارد معذلك از آن استفاده نمی کند وهم‌چنان جاهل بقانون می‌ماند جهل‌اورا اصطلاحاً «جهل تقصیری» گویند . در حقوقهای جدید همین استثناء براصل «عدم استماع عذر جهل بقانون» رااینطور بیان کرده‌اند: شخص در وضعی باشد که عادتاً اطلاع ازقانون برای او مقدور نباشد . این استثناء اعم ازتعبیرفوق‌است .
عملا محاکم ازقدیم‌الایام تاامروز ازاستناد باین استثناء غالباً خودداری میکنند.

(۲) مادهٔ ششم قانون مدنی (از کتاب مستنبط)

و یا استنباط جزئی درآید . در تمام دورهٔ وسطی، استنباط کلی (اعم ازقضائی و غیر قضائی) مجاز بوده است ولی در ابتداء این دوره تمایل براین بود که از استنباط کلی غیرقضائی خودداری شود، معروف است که حقوقدانی از صحابهٔ پیغمبر بنام زیدبن‌ثابت، عادت داشت که هرگاه ازاواستفتاء میشد میپرسید آیا آنچه که مورد استفتاء است‌عملا واقع شده‌است یانه، اگر میگفتند واقع شده‌است نسبت بآن‌مورد نظرمی‌داد، و اگر میگفتند واقع نشده است از نظردادن خودداری میکرد و میگفت:صبر کنید تاعملا چنان چیزی واقع شود آنوقت نظر خودرا خواهم گفت (مطلب شمارهٔ ۳۶) از این مطلب معلوم میشود که در مستنبطین آن‌عصر این توجه وجودداشت که استنباط کلی جنبهٔ تقنین دارد و نباید درحریم آن وارد شد . ولی نظر حقوقدان مزبور در مقابل تحولات اجتماعی مسلمین تغییر یافت و استنباط کلی غیرقضائی (یا فتوی) روزبروز رونق گرفت، علت این‌بود که :

اولا ــ روابط حقوقی افرادجامعه روزافزون بود .

ثانیاً ــ درآن ازمنه کدهای قانونی متحدالشکل و فراوان بعلت فقد امکانات نشر کتب، در دسترس عموم قرارنداشت واز همه مهمتر آنکه مدرك قانونی بر منع استنباط کلی وجودنداشت. بنابراین جهات تنها راه‌علاج این‌بود که مردم برای‌اطلاع ازقانون بمنظور تنظیم روابط حقوقی خود باشخاصی که حقوقدان محسوب میشدند مراجعه نموده و استعلام قانون نمایند ، این حقوقدانان درصورت‌صراحت قانون‌عین یامفاد آن‌را بمراجعین می گفتند و درصورت‌عدم آن ، استنباط خودرا دراختیار آنان

می گذاشتند. این‌وضع هم‌پس از مدتی تبدیل بوضع مترقی‌تری شدو آن‌این بود که حقوقدانان مزبور استنباطات کلی خودرا مدون‌نموده و باتهیهٔ نسخ متعددی از آن، حاجت عمومی‌را مرتفع می‌ساختند. از همین‌جا یك رشته کتب حقوقی تحت عنوان کلی «رسالهٔ عملیه» بوجود آمد که پاره‌ای از آنها بسیار محققانه تنظیم شده است. باین‌ترتیب استنباطات قضات هم میتوانست بصورت کلی بیان‌شود .

۴۲۸ـ استنباط کلی چه قضائی باشد چه غیر قضائی از جنس تقنین است (۱) بهمین‌جهت میتوان استنباط کلی را از منابع حقوقی این دوره محسوب‌داشت(مطلب ۳۷) این است‌تأثیر استنباط کلی در قوانین موضوعهٔ این دوره. دردورهٔ سوم از تاریخ حقوق‌ما استنباط کلی بحداکثر محدودیت خود می‌رسد و این یك‌تحول‌بارزحقوقی نسبت بدورهٔ‌دوم محسوب است.

تغییر استنباط و عطف قانون بماسبق

۴۲۹ـ در حقوق دورهٔ سوم حکـم محکمه پس از قطعیت (۲) قانوناً صحیح فرض میشود وازاین‌معنی به«قاعدهٔ اعتبار امرمختوم» (۳) تعبیرشده است. این‌مطلب درحقوق دورهٔ دوم‌هم دیده شده است هرچندکه پاره‌ای از مؤلفان آن دوره نسبت بوجود این قاعده تردید دارند (مطلب شمارهٔ ۳۴۴)

۴۳۰ـ تمام مراتب‌بالا درمورد استنباطات قضائی است که فعلا مورد بحث ما نمی‌باشد آنچه که موردبحث است استنباطات غیر قضائی است که در دورهٔ دوم نقش عمده‌ای‌را درتنظیم روابط حقوقی جامعه بعهده گرفته است، استنباطات غیر قضائی وقتی‌که بصورت استنباط کلی باشد و در اختیار مردم گذاشته شود که طبق آن‌عمل نمایند (یعنی روابط‌حقوقی خودرا بموجب آن تنظیم کنند) ارزش قانون را دارد، مردمی که طبق قانون‌مزبور عمل میکنند نتیجتاً دارای‌حقوق و تکالیفی می‌شوند، در این‌صورت این سئوال پیش‌می‌آید که: هرگاه‌استنباطات مزبورتغییر کند آیااین‌تغییر نسبت بحقوق و تکالیف‌سابق بر آن تغییر هم تأثیر دارد یا نه؟

---

(۱) باین‌علت است که‌مادهٔ پنجم‌قانون آئین دادرسی مدنی قضات‌را ازرأی‌دادن بطور قاعدهٔ کلی برحذر داشته‌است (مطلب ۳۴)

(۲) هرحکم ترافعی که قابل‌شکایت (اعترض ـ پژوهش) نباشد فرض‌قانون برصحت آن است وتجدید گفتگو درآن ممنوع است (مادهٔ نه قانون آئین دادرسی مدنی وبند چهارم ازمادهٔ ۱۹۸ همان قانون)

(۳) Autorité de la chose jugée

۴۳۱ـ اگر تغییر استنباط نسبت بحقوق و تکالیف سابق مؤثر باشد باید وجود نوعی از «عطف قانون بماسبق» (۱) را در ایندوره تصدیق نمود، چنانکه پاره‌ای از مؤلفان ایندوره همین عقیده را دارند که از آن جمله است فقیه اصولی معروف به میرزاحسین نائینی (۲)

۴۳۲ـ تحقیق این است که تغییر استنباط مزبور مؤثر دراوضاع حقوقی سابق نبوده است زیرا استنباطات مزبور چون بحکم مقنن، منشأ آثارحقوقی بوده برای اسقاط اعتبار آن آثار (حتی پس از تغییر استنباط) دلیل قطعی قانونی لازم است و چنان دلیل وجود ندارد. عده‌ای از مؤلفان دورهٔ دوم این‌تزرا انتخاب کرده‌اند یعنی عملاهمان معنی‌را تأیید میکردند که مادهٔ چهارم قانون‌مدنی کنونی خواسته‌است.

قسمت دوم

اصل اباحة ـ استصحاب

الف ـ اصل اباحه (اصالة الاباحة)

ب ـ استصحاب

اصل اباحه

۴۳۳ ـ حقوق در این دوره بر اساس «حریت ارادهٔ افراد» قرار داشت یعنی

---

(۱) Rétroactivi Tédes lois

(۲) جلد اول از کتاب «فوائدالاصول» تألیف محمدعلی کاظمی (صفحهٔ ۱۳۸ تا ۱۴۴) که شامل تقریرات استادش نائینی می باشد.

آزادی اراده (۱) اصل بوده، و الزامات پیش‌بینی شده در قانون وارد بر اصل مزبور بوده است، بعبارت دیگر هدف قانون این نبود که برای افراد مردم قید و محدودیت ایجاد کند بلکه هدف قانون این بود که آنمقدار ازقیود و محدودیت‌ها که بنظر مقنن برای ارادهٔ مردم و تضمین سعادت دو جهان آنان لازم می نموده در مطاوی قانون مقرر گردد بطوری که درخارج ازاین قیود وحدود، افراد آزادی دارند و میتوانند طبق ارادهٔ خود رفتار کنند، از این معنی باصل اباحه تعبیر شده است. بر این مبنی میتوان استنباط نمود که جنبهٔ لیبرالیسم قوانین دورهٔ وسطی قوی‌تر از جنبهٔ مخالف آن بود.

۴۳۴ ـ آزادی ارادهٔ افراد در دومورد ظاهرمیشد :

الف ـ در مورد بستن قراردادها ـ در این مورد بخصوص در دورهٔ سوم مادهٔ ده قانون‌مدنی دیده‌میشود که از مفاد آن باعبارت ناقص «اصل حاکمیت اراده» تعبیر شده‌است.

ب ـ در مواردخارج از قرارداد ـ درحقوق دورهٔ سوم این‌موارد بنظرمامشمول اصل‌نهم متمم قانون اساسی‌است که میگوید :

«افراد مردم ازحیث جان‌ومال و مسکن وشرف محفوظ و مصون از هر نوع «تعرض هستند، و متعرض‌احدی نمیتوان شد مگر بحکم وترتیبی که قوانین مملکت معین‌مینماید.

۴۳۵ ـ نکته ـ بنابه تشریح بالا «اصل اباحه» اعم ازمدلول مادهٔ ده قانون‌مدنی و اصل نهم متمم قانون اساسی‌است. تنها تحولی که در دورهٔ سوم نسبت بدورهٔ دوم (درمورد اصل اباحه) حاصل شده‌است آن است که یك‌اصل بدواصل‌تجزیه‌شده‌است، البته تجزیهٔ اصول بسیاروسیع که‌مستلزم‌اشکالات در عمل‌می‌شودخالی ازمزیت‌نیست.

---

(۱) autonomie de la volonté

استصحاب(۱)

۴۳۶ـ در تألیفات حقوقی و استنباطات قضائی دورهٔ دوم به اصل بااهمیتی بنام «استصحاب» (یا اعتبار حالت سابقه) بر خورد میکنیم که نصوص قوانین موضوعهٔ این دوره متعرض آن نشده اند (۲) مستفاد از آثار این دوره آن است که این اصل در میان پیروان مکتب شافعی بوجود آمده و سپس پس از طی ده قرن بصورت بزرگترین اصول حقوق اسلامی ظاهر شده است. رشد اصل مزبور مدیون تتبعات دانشمندان ایرانی وشیعی علم اصول در دوقرن اخیر است. در قرن اخیر اصل مزبور بتنهائی از هر یك از مباحث اصول وسیعتر، پیچیده‌تر، مشکل‌تر و با فلسفهٔ محض آمیخته‌تر شده است؛ با اینکه مشخصات آن در این دو قرن روشنتر شده ولی درعوض ابهامات جدیدی بر آن اضافه‌شد که غالب آنها ناشی ازخلط (۳) اصطلاحات و مبانی فلسفهٔ محض بامسائل حقوقی بوده‌است.

۴۳۷ـ **استصحاب چیست ؟** درزندگی قضائی برای هرشخص، اوضاع حقوقی متعددی‌وجودداردد(مثل اینکه شخص معینی بنام حسن امروز مالك فلان خانه‌وشوهر فلان زن و عضوفلان اداره یا شرکت تجارتی است) ولی این اوضاع حقوقی نمیتواند در زندگی ماکه لحظه‌بلحظه در تغییر است ثابت باشد و ناچار باید تغییراتی بکند و برای این‌تغییرات هم عوامل و موجباتی درقانون پیش‌بینی شده است؛ حال اگر بطور قطع یکی ازعوامل تغییر دهندهٔ وضع حقوقی آن شخص بوجودبیاید طبعاً باید آن

(۱) اصل استصحاب دراستنباط مدنی بیشتر قابل استفاده است تا در استنباطات کیفری، بهمین مناسبت دراین مقام ازآن بحث میشود.

(۲) دانشمندان اصول دوقرن اخیر ببعضی ازاحادیث بعنوان مأخذ قانونی استصحاب تمسك نموده‌اند ولی بنابر آنچه که درعلم اصول تحقیق‌شده آن‌اسناد کافی نیست. بهمین جهت دانشمندان حقوق تاقرن یازدهم هجری برای اثبات اعتبار قانونی استصحاب باستدلال عقلی اکتفاء می کردند و مدعی نبودند که برای آن، مدرك در نصوص قانون مشاهد شده است.

(۳) این نوع خلط وانحراف در دو قرن اخیر در غالب تألیفات اصول وفقه وارد شده وموجب کسر ارزش این تالیفات گردیده است.

وضع حقوقی تغییر بکند، ولی اگر درموجودشدن عامل تغییر دهندهٔ وضع حقوقی او تردید حاصل شد آیا میتوان بصرف تردید مزبور، حکم به تغییر وضع حقوقی آن شخص داد؟ درهرزمان و در هرمکان که باشدبااندك تفکر میتوان عقیده به‌عدم تغییر وضع حقوقی آن‌شخص پیدا نمودچه اگر بپذیریم که بصرف تردیددر وجود عامل تغییر دهندهٔ وضع حقوقی اشخاص، آن‌وضع، تغییر یافته تلقی شود مفاسدو محرومیتهای بیشمار بوجودخواهدآمدکه ادامهٔ حیات جامعه‌را غیر مقدور میسازد بنابراین ضرورت زندگی اجتماعی اقتضاء می کند «حالت سابقه» محفوظ و محترم شمرده شود تا یقین بوجود عامل تغییر دهندهٔ وضع‌حقوقی حاصل گردد، این است معنی استصحاب یا «اعتبار حالت سابقه.»(۱)

۴۳۸ـ نکته ـ مدرك واقعی استصحاب (۲) در دورهٔ دوم «بناء عقلاء» است که آنراسیرهٔعقلاء وبناء عرف(۳)هم نامیده‌اند. بناء عقلاء یکنوع ازعملکردهمیشگی وهمه جائی است که مستقیماً از ضرورتهای حیات بر خاسته است.

۴۳۹ـ بناء عقلاء درحوزهٔ زندگی قضائی عیناً همان حقوق طبیعی (۴) است و

---

(۱) استدلال بالا برای ارزش استصحاب ازمختصات کتاب حاضراست. از جهت استدلال معلوم می‌شود که استصحاب از انشعابات «اصل عدم محرومیت» (مطلب شمارهٔ ۴) بوده واصول «حقوق یکعنصری» آنرا تأیید می کند.

(۲) یکی ازحقوقدانان بزرگ ما دراین موردمی گوید:

«لاینبغی التأمل فی ان الطریقة العقلائیةقد استقرت علی ترتیب آثارالبقاء عندالشك فی الارتفاع، و لیس عملهم علی ذلك لاجل حصول الاطمینان لهم بالبقاء ... بل لکون فطرتهم جرت علی ذلك فصارالبناء علی بقاء المتیقن من المرتکزات فی اذهان العقلاء .... ولم یردع عنها الشارع ...

(۳) بناء عرف غیراز Coutume است.

(۴) یکی ازحقوقدانان مادراین مورد می گوید:

«ان مبدء الطریقة العقلائیه لایخلوا اما ان یکون بقهر قاهر وجبرسلطان جائر، قهر جمیع عقلاء عصره علی تلك الطریقة و اتخذهاالعقلاء فی الزمان المتأخر طریقة لهم واستمرت الی ان صارت من مرتکزاتهم، واما ان یکون مبدأها امر نبی من الانبیاء بهافی عصر حتی استمرت، و اما ان یکون ناشئة عن فطرتهم المرتکزة فی اذهانهم حسبما اودعهاالله فی طباعهم بمقتضی الحکمة البالغة حفظاً للنظام. ولا یخفی بعدالوجه الاول بل استحالته عادتاً و کذاالوجه الثانی فالمتعین هوالوجه الثالث. (فوائدالاصول ـ جزء سوم صفحهٔ ۶۸)

دانشمندان ایرانی حقوق در دورهٔ وسطی بخوبی آنرا میشناختند و مهمتر از همه آنکه با استدلالی بسیارشگرف حقوق‌طبیعی را واردحقوق موضوعه ساختند (مطلب شمارهٔ ۳۸)

۴۴۰ ـ **تبصره** ـ هرچند که مدلول استصحاب در علم اصول فقه شمول و وسعت مفهوم آن بیشتر ازوسعت مدلول مواد۳۵۶_۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی(۱) است ولکن عملکرد محاکم این نقص را جبران می کند.

قسمت سوم

حقوق فرد

الف ـ طبقه‌بندی حقوق‌افراد

ب ـ منافع حقوق افراد

ج ـ سلب حق‌تمتع یااجراء حق

طبقه‌بندی حقوق افراد

۴۴۱ ـ درمباحث گذشته (مطلب شماره ۷۹ تا ۱۱۸) مشروحاً حقوق افراد مورد مطالعه قرار گرفت ، در این جا فقط تقسیمات مهم حقوق فرد بیان می شود که بیشتر جنبهٔ کلی وتئوریك دارد :

الف ـ **حق مالی ـحق غیرمالی** ـحق‌مالی بحقی گفته می‌شود که موضوع

---

(۱) اصل برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دین بردیگری باشد باید آنرا اثبات کند والامطابق این‌اصل حکم به برائت‌مدعی‌علیه داده خواهد شد(ماده۳۵۶) درصورتی که حق‌یادینی برعهدهٔ کسی ثابت شد اصل بقاء آن است مگر خلافش ثابت شود (ماده ۳۵۷).

آن مال باشد مانند حق مالك خانه برخانهٔ خود وحق مستأجر برمنافع عین مستأجره وحق دائن بردینی که بعهدهٔ مدیون است وحق خیار. حق مالی دریك اصطلاح وسیعتر شامل تمام آنچه که دارائی شخص (۱) را تشکیل می دهد گفته می شود وباین ترتیب شامل دوقسمت ذیل می شود :

اول ـ اموال و مطالبات که آنها را قسمت مثبت دارائی نامند (۲)

دوم ـ دیون که آنهارا قسمت منفی دارائی نامند (۳)

استعمال حق مالی بمعنی اخیر مختص دورهٔ سوم است و در دورهٔ دوم چنین استمالی دیده نشده است . آنچه ازحقوق افراد که مشمول تعریف حق مالی نباشد «حق غیرمالی » است مانند پاره‌ای ازحقوق زوجین نسبت بیکدیگر .

۴۴۲ـ ب ـ **حق عینی ـ حق دینی ـ** حق عینی (٤) حقی است که متعلق آن عین خارجی باشد و آن سه قسم است :

اول ـ مالکیت (مالکیت عین ومنفعت)

دوم ـ حق انتفاع (٥)

سوم ـ حق ارتفاق (٦)

حق دینی (۷) که بنام حق ذمی و حق شخصی هم خوانده شده است حقی است که شخص برذمهٔ دیگری دارد مانند حق دائن برمدین، وحق متعهدله(۸) برمتعهد(۹)

۴۴۳ ـ نکته ـ اصطلاح حق شخصی درمعنی فوق فقط در دورهٔ سوم استعمال شده ، ودر دورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ماهمین اصطلاح درمعنی دیگری بکاررفته است

---

(۱) Patrimoine

(۲) Elément actif

(۳) Elément passif

(٤) Droit réel

(٥) Usufruit

(٦) Servitude

(۷) Droit personnel

(۸) Créancier

(۹) Débiteur

چه در این دوره حق‌شخصی به حقی گفته می‌شود که غیر قابل انتقال بغیر بوده‌مانند پاره‌ای از حقوق زوجین بریکدیگر.

۴۴۴ ـ ج ـ **حق معلق ـ حق منجز** ـ حق معلق حقی‌است که:

اولا ـ مقتضی (۱) قانونی آن بوسیلهٔ ایجاد کنندهٔ حق وجود یافته‌باشد.

ثانیا ـ ایجاد کنندهٔ حق‌مزبوریك‌مانع بمقتضی مذکور پیوند نموده باشدباین منظورکه پس‌از اینکه مانع از بین‌رفت کسی که حق مزبور بنفع اوتعیین شده‌صاحب حق شود. مثال: شخصی‌بنفع شخص‌دیگری وصیت تملیکی (۲) می کندکه خانه‌اش مال موصی‌له باشد. دراین صورت اگر این وصیت در بوتهٔ تحلیل حقوقی گذاشته شود این‌نتیجه بدست‌می آیدکه.

اولا ـ موصی از راه‌وصیت‌کردن، مقتضی «حق موصی‌له نسبت بخانهٔ موصی» را ایجاد نموده است واین مقتضی همان «وصیت» است.

ثانیاً ـ مانعی را بمقتضی‌مزبور ضمیمه نموده است که «حیات موصی» است زیرا تاموصی زنده است موصی‌له بطورقطع مالك‌خانه نمیشود (۳)

۴۴۵ ـ نکته ـ حق معلق ممکن‌است ناشی‌ازعقدمعلق(۴) باشدوممکن‌است ناشی از عقد معلق نباشد مثلا وصیت‌تملیکی بنابر تحقیق(۵) ایقاع است وحال آنکه حق ناشی از چنین وصیتی حق معلق است.

---

(۱) مقتضی عبارت است از عامل مؤثری هرگاه مانع بآن نرسد بتواند تأثیری که مختص آن است بنماید، مثال: آتش مقتضی سوختن است اگر آب‌بآن نرسد.

(۲) Testament

(۳) تعریفی که‌ازحق معلق شد جدیداست ومقصود از تجدید تعریف این‌بود که‌از نواقص تعریفات سلف پرهیز شده‌باشد چنانکه دریك تعریف چنین گفته‌اند: (حق‌معلق آن‌است که وجودش بسته بوقوع یاعدم وقوع‌شرطی باشد.»

(۴) عقدمنجز آن است که تأثیر آن‌برحسب انشاء موقوف بامر دیگری‌نباشدوالا معلق خواهد بود (ماده ۱۸۹ قانون مدنی)

(۵) رجوع شود به کتاب اصول فلسفی حقوق ـ مطلب شماره ۲۹۲

قوانین دورهٔ دوم مصرح بوجود حق معلق نیست چنانکه درقوانین دورهٔ سوم نیز تصریح باین معنی وجود نداردولی بنظرمی‌رسد که مادهٔ ۱۸۹ قانون‌مدنی بطور ضمنی وجود حق‌معلق راتأیید نموده است زیرا عقوداز منابع حقوق فردی‌می‌باشد. بنابراین قبول عقد معلق مستلزم قبول حق معلق است.

تبصره ـ درصحت وبطلان «عقد معلق» دردورهٔ دوم آراء مؤلفان حقوق‌مختلف است: اهل تحقیق‌چنان عقدی را درست میدانند. درحقوق دورهٔ سوم‌هم تمایل‌اهل این علم وبلکه صریح قانون برصحت آن است مگر موردی که قانون‌مستثنی تلقی کند (۱).

منابع حقوق افراد

۴۴۶ـ منبع‌منحصرحقوق افرادقانون‌است، ولی‌ناشی‌شدن‌حقوق‌افراد ازقانون بطور کلی دوصورت دارد:

اول ـ وقتی که حقوق افراد مستقیماً و بلافاصله از قانون ناشی می‌شود مثل اینکه بعضی اشخاص بموجب قانون حق ارث بردن یا حق گرفتن نفقه را دارا می شوند.

دوم ـ وقتی‌که حقوق افراد بطور غیر مستقیم یعنی مع‌الواسطه ازقانون ناشی می‌شود، این‌واسطه بیکی ازصور ذیل می‌تواندباشد:

---

(۱) مانند مورد ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی

مطالب مربوط به«حق‌معلق» چه در دورهٔ دوم و چه در دورهٔ سوم نشان می‌دهد که‌مقصود از تعلیق حق در نظر حقوقدانان تعلیق در «حدوث حق» است نه تعلیق در «بقاء حق»؛ ولی بنظر می‌رسد که تعلیق در «بقاء حق» هم تصور می‌شود مانند تعلیق حاصل از بیع شرط، چه از آثار تعلیق در بقاء حق است که مشتری حق ندارد بیع را به بیش ازمدت مذکور درعقد بیع اجاره بدهد. (تفصیل این مطلب در شماره ۲۶۱ از کتاب« اصول‌فلسفی‌حقوق» ودر اصطلاح «حق‌معلق» از کتاب «فرهنگ‌حقوقی» ملاحظه شود).

الف ـ عقد (۱) مثلا بایع دراثرعقد بیع حق‌برثمن پیدا می کند .

ب ـ تجاوزبغیر وتجاوز بمال غیرـ مثلاکسی که موجب‌خسارت‌وضرردیگری می‌شودعمل او خواه بصورت‌فعل (۲) و خواه بصورت ترك (۳) باشدبرای متضرر(٤) ایجاد حق‌می کند .

ج ـ شبه عقد (٥) ـ وآن عبارت است ازیك عمل ارادی که قانون آنرامنع ننموده و بدون اینکه عقدی منعقد گردد ایجاد تعهد در مقابل غیر می نماید مانند ایفاء ناروا (ماده ۳۰۱ قانون مدنی) .

درقوانین دوره‌دوم (مانند قوانین دورهٔ سوم) منابع حقوقی فوق وجودداشته است الااینکه اصطلاح شبه‌عقداختصاص‌بتألیفات حقوقی دورهٔ سوم داردولی‌مصادیق آن در دورهٔ دوم نیز وجود داشته است .

٤٤٧ـ نتیجه‌ـ منابع حقوق‌فرد دودورهٔ دوم‌عبارت بود از:

الف ـ قانون

ب ـ عقد

ج ـ تجاوز بغیر وتجاوز بمال‌غیر . (دردورهٔ سوم ماده ۳۰۱ ببعد از قانون مدنی ناظربراین مرحله وشبه عقداست چنانکه ماده ۱۸۳ ببعدناظربه‌عقد است) .

د ـ شبه‌عقد

سلب حق‌تمتع یا اجراء حق

٤٤٨ ـ مادهٔ ۹٥۹ قانونی فعلی مامی گوید : « هیچکس نمی‌تواند بطور کلی

---

(۱) Contrat (۲) Comission یا Action

(۳) omission

(٤) Victime

(٥) Quasi-Contrat

حقّ تمتع و یا حق اجراء تمام یاقسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند » . (۱)

در حقوق دورهٔ وسطی مدلول همین ماده بنحو جامع‌تر در قوانین موضوعه منعکس شده و مؤلفان فقه در دو مبحث از آن بحث نموده‌اند :

اول درمبحث شرط فاسد (در باب بیع)

دوم ـ درمبحث سوگند. سوگند در حقیقت یکنوع تعهد کاملا دینی بود که شخص بوسیلهٔ آن خودرا درپیشگاه خداوند متعهد بانجام عمل یاترک عملی می‌نمود همانطورکه شروط موجب پیدایش تعهد برای مشروط علیه می‌شد. بنابراین قدرمشترک این دومبحث همانا حصول تعهد والتزام است .

در قانون مدنی کنونی در مادهٔ نامبرده عنوان « سلب حق تمتع وحق اجراء» وجود دارد درمقابل این عنوان درقوانین موضوعهٔ دورهٔ وسطی عنوان « تحریم حلال» دیده می‌شود یعنی شرط مستلزم تحلیل حرام و « تحریم حلال » فاسد است و برای مشروط علیه الزام آور نیست وهمچنین سوگند مستلزم تحلیل حرام و « تحریم حلال» الزام آور نمی‌باشد. اینک دونمونه ازنصوص قانونی مربوط باین دوموضوع :

الف ـ ... ان المسلمین عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما(۲)

ب ـ ... لاتجوز یمین فی تحلیل حرام ولاتحریم حلال ...(۳)

---

(۱) این ماده ازحقوق اروپائی گرفته شده وتدوین کنندگان قانون مدنی متوجه نبوده‌اند که عین مدلول این ماده (وبلکه جامع‌تر از آن) درحقوق اسلامی وجود دارد این عدم توجه ناشی ازپراکندگی مباحث درتألیفات فقهی وصعب الوصول بودن مطالب این تألیفات است مضافا براینکه به نوعی از تفرس در تطبیق حقوق اسلامی و اروپائی نیازمند بود.

(۲) مسلمانان باید بشرطی که می کنند ملتزم باشند مگر شرطی که حلالی را حرام یاحرامی را حلال کند . شرط مستلزم تحلیل حرام شرط مخالف قانون است که درماده ۲۳۲ قانون مدنی کنونی منعکس است . شرط مستلزم تحریم حلال است که برابرعنوان « سلب حق تمتع یااجراءحق » قرار می گیرد .

(۳) سوگندی که برارتکاب حرام و یا برعدم ارتکاب حلال یاد شود الزام آور نخواهد بود .

سلب حق یا سلب اجراءحق درماده ۹۵۹ قانون مدنی فعلی اعم از این است که بوسیلهٔ شرط ضمن العقد صورت گیرد یا درخارج عقد . اگر بمعنی معروف اصطلاح « شرط » (که‌عبارت ازالتزام ضمن عقداست)تکیه کنیم ونیز اگربنا بقول مشهور که التزامات خارج ازعقد (۱) را درست نمی‌دانند توجه نکنیم آنوقت این پرسش‌پیش می آید که هر گاه‌تعهدات خارج ازعقد (که‌ضمن‌سو گندنباشد)مستلزم تحلیل‌حرام‌یا «تحریم‌حلال»شد آیااین‌تعهدات‌هم ممنوع‌است وا گرممنوع است‌دلیل‌ممنوع بودن آن درحقوق‌دورهٔوسطی‌چیست؟ بنظرمی رسد که‌همان‌اسنادبه‌تنقیح‌مناط قطعی‌دلیل‌ممنوع بودن تعهدات مزبور خواهد بود . صرفنظر ازاینکه معنی معروف اصطلاح « شرط » بنظرنگارنده اساس علمی ندارد ومعنی شرط هرنوع التزام وتعهداست خواه ضمن ـ العقد باشد خواه خارج ازعقد .

تنبیه ـ در ماده ۹۵۹ منع قانونی متوجـه حقوق مدنی است ولی در نصوص قوانین دورهٔ وسطی منع قانونی متوجه مطلق حقوق است اعم از حقوق مدنی وغیر آن . حق این بود که مدلول مادهٔ ۹۵۹ را اختصاص بحقوق مدنی‌نمیدادند زیراعملا هم‌اختصاص نمی‌دهند .

حقی که سلب‌آن‌ممنوع است

۴۴۸ مکرر ـ عمدهٔ بحث‌بیان وسعت وحدود مدلول مادهٔ ۹۵۹ (در قانون مدنی کنونی) ومدلول « تحریم حلال » (۲) در قوانین دورهٔ وسطی است که تفسیر مستدلی ازآنها تاکنون بنظر نرسیده است . برای بیان آن باید بکمك یك تحلیل حقوقی شروط را (ازجهت‌نوع تعهداتی که ایجادمی کنند) به‌شش‌طبقهٔذیل‌تقسیم نمود:

الف ـ شرطی‌که مستلزم سلب یك‌حق شخصی (۳) درمورد معین است .مثل

---

(۱) اصطلاحا این‌نوع‌التزام را« شرط‌ابتدائی » نامند .

(۲) تحریم هرحلالی‌درضمن‌شرط‌یاسو گند مستلزم سلب‌حقی ازحقوق‌است .

(۳) Droit subjectif

اینکه در بیع معینی اسقاط خیارغبن نماید (۱) .

ب- شرطی که مستلزم سلب یك حق شخصی در چند مورد معین است. مثل اینکه در چند بیع معین اسقاط خیار غبن شود .

ج- شرطی که مستلزم سلب چند حق شخصی در یك مورد معین است. مانند بیعی که در آن اسقاط جمیع خیارات شود .

د - شرطی که مستلزم سلب چند حق شخصی در چند مورد معین است مثل اینکه درضمن یك بیع معین شرط اسقاط جمیع خیارات در چند بیع معین شود .

ه - شرطی که مستلزم سلب یك حق موضوعی (۲) در مدت کوتاه یا مدید یا بطور دائم در یکنوع ازمعاملات شود ، مثل اینکه ضمن عقدی شرط اسقاط خیار غبن در تمام بیعهای مشروط علیه ظرف یکساعت یا یکسال یا بطور دائم بعمل آید .

و - شرطی که مستلزم سلب یك حق موضوعی در مدت کوتاه یا مدید یا بطور دائم در چند نوع ازمعاملات (یاجمیع معاملات) شود .

بنظر می رسد هر جا که شرط (یا هرعمل حقوقی دیگر) مستلزم سلب حق شخصی شود اشکالی نداشته باشد وعنوان تحریم حلال (وهم چنین مادهٔ ۹۵۹ قانون مدنی) منصرف از این مورد است و «قدر متیقن» از ممنوعیت مستفاد از قانون منع تحریم حلال (و نیز مادهٔ ۹۵۹) موردی است که سلب حق موضوعی شود و دلیلی برای ممنوع بودن خارج از قدر متیقن مزبور وجود ندارد بنابراین بر حالت جواز واباحه باقی خواهد ماند (۳) .

---

(۱) واز این قبیل است مورد ماده ۱۲۰ قانون مدنی

(۲) Droit objectif

(۳) شاید نظر صاحب قوانین معروف به محقق قمی همین باشد هر چند که عبارت وی صراحت ندارد وی می گوید :

الظاهر من تحلیل الحرام و تحریم الحلال هو تأسیس القاعدة وهو تعلق الحکم بالحل او الحرمة ببعض الافعال علی سبیل العموم من دون النظر الی خصوصیة فرد ...

نکته

هر گاه در بعضی موارد مصداق مشتبهی (ازاین نظر که تحریم حلال یاسلب حقی لازم آمده یانه) پیداشود آن شرط (یاآن عمل حقوقی) که منشاء وجود آن مصداق مشتبه شده صحیح و نافذ است زیرا همانطور که در تألیفات حقوقی و فقهی خود مستدل ساختیم اصل تأثیر اراده و رضایت افراد است مگر اینکه صریح قانون جلوی تأثیر ارادهٔ فرد را بگیرد وچون در مورد مصداق مشتبه صریح قانون وجود ندارد منعی برای تأثیر اراده دیده نمی شود (۱) .

---

(۱) شیخ انصاری ومیرزا حسین نائینی دراین مورد دو نظر متفاوت دارند . ما از حیث نظر باشیخ انصاری موافقت نمودیم ولی از نظر استدلال دلیل وی قابل اعتبار نبوده است رجوع شود به مکاسب صفحه ۲۷۷ ومنیة الطالب جلددوم ـ صفحه ۱۰۶

فصل دوم

اشخاص

قسمت اول ـ شخص طبیعی وحقوقی

قسمت دوم ـ مختصات اشخاص

قسمت اول

شخص طبیعی ـ شخص حقوقی

الف ـ تعریف شخص واقسام آن

ب ـ شخصیت حقوقی ملت

ج ـ بیت المـال ومؤسسات عام المنفعه

د ـ ابتداء وجود اشخاص

ه ـ انتهاء وجود اشخاص

تعریف شخص واقسام آن

۴۴۹ ـ شخص (۱) از نظر حقوقی به انسان یا جمعی از انسان یا مؤسساتی گفته می‌شود که قانوناً موضوع حق قرار گرفته باشند. شخص باین معنی دوقسم است:

اول ـ شخص طبیعی که بافراد انسان گفته می‌شود. درحقوقهای بسیار قدیم فقط این نوع شخص شناخته شده بود.

۴۵۰ ـ دوم ـ شخص حقوقی (۲) که دوقسم است:

الف ـ جمعیتی که بعنوان موجود واحد حقوقی، موضوع حق قرار گرفته باشند مانند شرکتهای تجارتی (۳). می‌توان بطور صریحتر گفت. شخص حقوقی عبارت از چند شخص طبیعی است که بعنوان دسته جمعی موضوع حق و تکلیف واقع می شوند. (۴)

۴۵۱ ـ ب ـ مؤسسات عام‌المنفعه که صرفنظر ازاداره کنندگان و بهره بران آن، صاحب شخصیت حقوقی شناخته شده است زیرا دارای حقوق می باشند ومی توانند مالك شده یامدیون واقع شوند.

شخصیت حقوقی ملت

۴۵۲ ـ ملت که دراصطلاح حقوقی دورهٔ دوم، «امت» نامیده شده است ودارای شخصیت حقوقی (درحقوق عمومی) است؛ این شخصیت حقوقی می‌تواند مالك شود: کلیهٔ زمین‌های خراجی (مطلب شمارهٔ ۱۲۷) متعلق به جمیع امت است و همهٔ آنان

---

(۱) Personne

(۲) Personne morale

(۳) Société Commercial

(۴) رجوع شود بکتاب اصول فلسفی حقوق ـ مطلب شماره ۱۳۶ ببعد

بطور مشترك (ولی نه بطور اشاعه چنانکه در شرکت مدنی وجود دارد) مالك آن می باشند. (۱)

بیت المال ومؤسسات عام المنفعه

۴۵۳ ـ مؤسسات عام المنفعه مانند موقوفات عامه می توانند موضوع حق قرار گیرند وبااین جهت قوانین موضوعهٔ دوره دوم از تاریخ حقوق ماشخصیت حقوقی را در این موردشناخته است. از تألیفات پاره‌ای ازعلماء حقوق چنین استفاده‌می‌شود که « بیت المال » موضوع حقوق‌قرار می گیرد (مطلب شماره ۱۹۶) اعسار وعدم‌اعسار (یا « یسار ») راکه‌دوحالت از مالکیت است مستقیماً به‌بیت‌المال نسبت می‌دادند وگاهی نیز بیت‌المال ، مدیون تشخیص داده می‌شد (مطلب‌شماره ۱۹۴) .

نکته ـ فکر شخصیت حقوقی اگر درحقوق دوره وسطی صورتی ابتدائی و نیمه متبلور داشت در حقوق خصوصی قرن اخیر لطیف و بارز ومشخص شده و در حقوق تجارت مورد استفاده فراوان قرار گرفته است بنابراین با وجود سابقهٔ تاریخ حقوق‌ما راجع بشخص حقوقی باید بااین‌حقیقت‌اعتراف نمود که فکر شخصیت‌حقوقی در حقوقهای جدید ودورهٔ‌سوم ازتاریخ حقوق ما تحولی بارزیافته است که بهیچوجه در دوره دوم سابقه نداشته است .

---

(۱) دراین متن حقوقی کیفیت حقوقی زمین‌های خراجی بیان شده است :

سألت اباعبدالله (ع) السواد مامنزلته ؟ قال :هولجمیع المسلمین لمن‌هوالیوم ولمن یدخل فی‌الاسلام بعدالیوم ومن لم یخلق بعد ... (یعنی ازامام پرسیدم که از نظر قانون وضع زمین عراق چگونه‌است ، گفت :

آن زمین ملك همهٔ مسلمین است اعم ازآنکه فعلا مسلمان باشند یا اشخاصی که بعداً تابعیت اسلامی را می‌پذیرند واشخاصی که هنوز بدنیا نیامده‌اند . بدیهی است با این تعبیر یك شخصیت‌معنوی تجرید شده از نظر مقنن ، مالك اراضی مزبور شناخته شده است و همانطور که از لوازم شخص حقوقی است مالکیت مشاع برای این‌شخص وجودندارد .

ابتداء وجود شخص

۴۵۴ ـ ابتداء وجود اشخاص حقوقی از وقتی است که قانون از آن تاریخ وجود آنها را بشناسد، مثلا وقتی که در مورد وقف عام شرائط تحقق وقف کاملا واقع شد یك شخص حقوقی بوجود آمده است. در مورد اشخاص طبیعی از نظر قوانین دوره دوم (و نیز قوانین دوره سوم) از تاریخ حقوق ما چون حمل موضوع حق واقع می‌شود بنابراین ابتداء وجود شخصی طبیعی از وقتی است که عنوان «حمل» بآن اطلاق می‌شود. حمل از حقوق مدنی متمتع می‌شود مشروط براینکه زنده متولد شود (ماده ۹۶۷ قانون مدنی) مدلول این ماده در قوانین دوره دوم وجود داشته و از آن جا اقتباس شده است بنابراین ابتداء وجود شخص طبیعی در دورهٔ دوم و سوم از تاریخ حقوق مایکسان تلقی میشود.

۴۵۵ ـ نکته ـ ملاك برای اینکه شخصی از نظر حقوقی شناخته شود آنست که موضوع حق واقع شود نهایت اینکه موضوع حق واقع شدن دوقسم است:

الف ـ موضوع شدن برای حق بطور مشروط مانند «حمل»

ب ـ موضوع شدن برای حق بدون شرط مانند طفلی که زنده متولد شده و افراد انسان.

انتهاء وجود شخص

۴۵۶ ـ انتهاء وجود شخص بیکی از سه صورت دیده شده است:

اول ـ موت حقیقی ـ که آثار حیات بکلی در بدن وجود نداشته باشد. گاهی مقنن برای تنظیم روابط حقوقی ناچار می شود که بطور استثنائی پس از موت حقیقی هم برای میت، فرض وجود شخصیت کند، مثلا صیادی دام را در آب می اندازد و سپس لغزیده و در آب غرق می‌شود پس از غرق شدن مقداری ماهی دردام می‌افتد، ورثهٔ صیاد بطور وراثت مالك ماهی می شوند!

۴۵۷ ـ دوم ـ موت فرضی ـ و آن موتی است که بموجب حکم محکمه، شخصی که غیبت منقطعه دارد میت فرض می‌شود چنین شخصی را مؤلفان حقوق دورهٔ وسطی « غائب مفقودالخبر » می گفتند و اکنون بغلط غائب مفقودالاثر گفته می‌شود چه از غائب مذکور ممکن است آثاری بر جا مانده باشد ولی خبر از او نمی‌رسد وفقدان اثر اعم از فقدان خبر است و ذکر عام و ارادهٔ خاص بلاجهت مورد ندارد .

۴۵۷ مکرر ـ نکته ـ درحقوق دوره وسطی اکثر مؤلفان فقه (درخصوص مبحث طلاق) معتقدند که ترتیب آثار موت فرضی باید بدستور (۱) حاکم محکمه باشد (حتی بعضی عقیده‌دارند که در حال غیبت امام احدی حق ندارد دستور ترتیب آثار موت فرضی را بدهد ولی این قول نادر است).

عده‌ای از حقوقدانان آن دوره معتقدند که درصورتیکه درمحلی حاکم نباشد یاحاکم مبسوط‌الید نباشد مسلمان عادل حق داردکه حسبة اقدام نموده و دستور ترتیب آثار موت فرضی را بدهد و هم چنین ولی زوج غائب می تواند دستور مزبور رابدهد .

ولی این نظر خلاف نصوص قانون است مضافا بر اینکه اصل عدم ولایت عدول مؤمنین و ولی زوج غائب است مگر بدلیل قطعی و در این مورد دلیل قطعی وجود ندارد .

درهر حال نسبت بزوجهٔ غائب مفقودالاثر تا وقتی که نفقهٔ زوجه از مال غائب یا تبرعاً داده می‌شد حکم طلاق صادر نمی گردید ولی در غیر این صورت دستور داده می‌شد که زوجه بعداز گذشتن چهار سال از تاریخ مراجعهٔ به محکمه بطلاق

---

(۱) موثق سماعة عن المفقود : فقال ان علمت انه فی ارض فهی تنتظر له ابداً حتی یأتیها موته او یأتیها طلاقه ، وان لم تعلم این هو من الارض کلها و لم یأتها منه کتاب ولاخبر فانها تأتی الامام فیأمرها ان تنتظر اربع سنین فیطلب فی الارض فأن لم یجد له اثر تمضی اربع سنین امرها ان تعتد اربعة اشهر و عشراً ثم تحل للازواج . فان قدم زوجها بعد ما تنقضی عدتها فلیس له علیها رجعة وان قدم وهی فی عدتها فهو املك برجعتها .

وفات مطلقه گردد وعدهٔ او چهار ماه وده روز است این طلاق رجعی است .

۴۵۸ ـ عنوان « مفقود » در نصوص قوانین ایندوره بنظر مؤلفان فقه شامل هر نوع مفقود میشود خواه در سفر مفقود شود خواه در دریا وخواه در جنگها .

بعضی از حقوقدانان این دوره عنوان مفقود را اختصاص به مفقودی داده‌اند که در مسافرت مفقود شده باشد، ودر مورد سایر غائبین مفقود الخبر صدور حکم طلاق را از « محکمه » لازم ندانسته‌اند. حتی عقیده ندارند که چهار سال بین تاریخ مراجعهٔ به محکمه و بین تحقق موت فرضی و مطلقه نمودن زن فاصله واقع شود بلکه بصرف وجود قرائن موت غائب میتوان حکم طلاق را صادر نمود . بنابنقل صاحب جواهر از صاحب حدائق پس از واقعهٔ جنك شاه سلطان حسین باافغانیان که در نتیجهٔ آن عده‌ای از لشکریان شاه سلطان حسین در بیابانهای حوالی کرمان مفقود شدند عده‌ای از زنان این غائبین بهمین ترتیب شوهر دیگر انتخاب کردند و بطلاق وفات مطلقه شدند (۱)

ولی صحیح آن است که عنوان مفقود شامل هر نوع مفقود می‌شود .

نکته ـ در ایندوره هیچوقت حاکم محکمه حکم موت فرضی صادر نمی کرده بلکه حکم ببعضی از آثار موت (مثل حکم طلاق زوجهٔ غائب) می‌داد . مایملك غائب هم چنان درمالکیت او می‌ماند تا انقضاء مدتی که عادتاً انسان در پایان آن مدت زنده نمی‌ماند .

۴۵۹ ـ موت حکمی ـ دراین مورد باوجود اینکه علم بوجود شخص حاصل است قانون دورهٔ دوم پاره‌ای اشخاص را محکوم بحکم میت می‌داند . مثلا مرتد

---

(۱) حکی عن الاخوند ملامحمدجعفر الاصبهانی الشهیر بالکرباسی قال وقدزوج جملة من النساء اللاتی فقدت ازواجهن فی معرکة قتال الافغان مع عسکر شاه سلطان حسین فی مفازة قرب کرمان جواهر الکلام - کتاب طلاق

فطری (۱) اگر مرد باشد از نظر جزائی بجهت ترک تابعیت محکوم به مجازاتهای ذیل می‌شود :

الف ـ سلب حق مالکیت وتملك

ب ـ انقطاع رابطهٔ زوجیت او با زوجهٔ خود

ج ـ اعدام

وی قبل از اجراء مجازات اعدام اساساً از نظر قانون موضوع حق نیست .

نکته ـ طبع این مجازات تناسب باقوانین ایدئولژیك دارد وقوانین دورهٔ سوم نسبت بآن ساکت است .

قسمت دوم

مختصات اشخاص

الف ـ اسم

ب ـ اقامتگاه

ج ـ ثبت احوال

د ـ اهلیت وحجر

اسم

۴۶۰ـ روزبروز در تاریخ تحول زندگی قضائی بشر روابط حقوقی اشخاص دقیق‌تر می‌شود وبالنتیجه اوضاع واحوال قوانین جدیدی را اقتضاء می کند ، مثلادر دورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ما اسم اشخاص عنوان حقوقی نداشت ومقررات مندرج در

---

(۱) یعنی کسی که از حین انعقاد نطفه تا حین ترک تابعیت اسلامی تابعیت دیگری نداشته است .

ماده ۹۹۲ ببعد قانون مدنی دردوره سوم از تاریخ حقوق ما بی‌سابقه‌است . دردوره دوم معمولا درمورد احراز هویت شخص از شیاع‌وشهادت عدول برای اثبات نسب و احراز هویت استفاده می‌شد ، و این امر گردش چرخ زندگی قضائی جامعهٔ انسانی را دچار اشکال می‌نمود ، فقط در عصر عباسیان آنهم فقط در حدود صلاحیت نقباء (مطلب شماره ۱۸۲) هویت اشخاص از طریق ثبت اسامی آنان احراز می‌شد .

اقامتگاه

۴۶۱ ـ در ایندوره قانون وتألیفات حقوقی اسمی ازاقامتگاه نمیبرند و آنرا بهیچوجه در زندگی قضائی افراد مؤثر ندانسته‌اند باین ترتیب مقررات ماده ۱۰۰۲ ببعد قانون مدنی درتاریخ حقوق ما مطلب بی‌سابقه تلقی می‌شود .

ثبت احوال

۴۶۲ ـ احوال شخصی باموری گفته‌می‌شود که‌کیفیت شخص را در خانواده و در کشور معین می‌کند مانند تابعیت ، جنسیت (مرد بودن و زن بودن) صغرو کبر ، تأهل وتجرد وغیره . از تابعیت در حقوق بین‌الملل خصوصی بحث می‌شود .

ثبت احوال شخصی که در حدود مقررات (۹۹۳ قانون مدنی) دوره سوم از تاریخ حقوق‌ما به‌پیروی از قوانین فرنك‌معمول گردید در دورهٔدوم ازتاریخ‌حقوق ما اجباری نبوده است مگر بطور استثناء ، چنانکه در مطلب ۱۸۲ گذشت . ولی بطور اختیار کسانی که عقد نکاح وطلاق واقع می‌ساختند دردفتر مخصوصی آنهارا ثبت می‌کردند . ثبت تاریخ ولادت معمولا در پشت‌جلد کتابهای‌مقدس ، وثبت‌تاریخ وفات برسنگنوشتهٔ مقابرمرسوم‌بود ولی‌مستند ومدرك محسوب نمیشد، بهمین جهت برای اثبات تاریخ تولد ووفات که‌مؤثر درمسائل ارث ومسائل دیگربوده درمحاکم بشهادت شهود متوسل میشدند.

۴۶۳ـ نکته ـ بردگی و حریت در قوانین دورهٔ دوم جزو احوال‌شخصی‌بوده

است، هرشخصی میتوانست اقرار به‌بندگی خود نماید و حریت خود را باین طریق سلب کند. ولی باید معترف بود که مقنن این‌دوره تمایل شدید داشته است که‌بردگان عملا آزادشوند وتا جائی که امکانات محیط اجـازه میداد در قوانین موضوعه بنفع بندگان قدم برداشت، تا آنجاکه یك‌رقم از عوائد بیت‌المال قانوناً باید برای خرید بندگان بمنظور آزادکردن آنان صرف‌شود (مطلب‌شمارهٔ ۱۲٤)

٤٦٤ـ یکی ازتحولات حقوقی‌مهم دورهٔسوم نسبت بدورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ما وجودمادهٔ ۹٦۰ قانون‌مدنی و «قانون منع‌خرید و فروش برده در خاك ایران و آزادی برده درموقع ورود بمملکت» مصوب‌بهمن ماه‌۱۳۰۷» میباشد.

اهلیت و حجر

٤٦٥ـ مطابق مقررات این‌دوره ازتاریخ حقوق ما هرانسانی متمتع ازحقوق مدنی‌بود (۱) ولی‌هیچکس نمیتوانست‌حق خودرااعمال‌واجراء کندمگر اینکه‌برای اینکار اهلیت‌قانونی (۲) داشته‌باشد (۳) مقصود ازاهلیت قانونی دردورهٔ دوم‌ازتاریخ حقوق، حالتی بودکه از فراهم آمدن همهٔشرائط عمومی‌ذیل حاصل میشد:

الف‌ـ بلوغ (٤)

ب ـ عقل‌و رشد

ج‌ـ مفلس‌نبودن

د‌ـ بنده‌نبودن

---

(۱) Capacité de Jouissance

(۲) Capacité d' exercice

(۳) مقایسه شود با مادهٔ ۹۵۸ قانون‌مدنی

(٤) علامات بلوغ‌ذکور عبارت بوداز: روئیدن موی‌صورت، روئیدن موی عانه ، احتلام، گذشتن پانزده‌سال قمری‌ازتاریخ تولد. علامات بلوغ اناث‌عبارت‌بود از:حیض، حمل، گذشتن نه‌سال قمری ازتاریخ تولد .

بالغ درصورتی که رشیدهم بود از او رفع حجر میشد و رشد، قبل از بلوغ تأثیری دررفع حجر نداشت .

٤٦٦ـ نکته ـ درقوانین ایندوره مانند قوانین دورهٔ سوم هیچکس نمیتوانست بطور کلی حق تمتع ویاحق اجراء تمام یاقسمتی ازحقوق مدنی را از خود سلب نماید (رجوع شود بمطلب شمارهٔ ٤٤٨ وبعد).

فصل سوم

مالکیت

قسمت اول ـ کلیات

قسمت دوم ـ اعتبار سند ـ اسناد مالکیت و مرور زمان ـ قاعدهٔ ید

قسمت سوم ـ اراضی

قسمت چهارم ـ قاعدهٔ تسلیط ـ سوء استفاده از حق ـ تقلب نسبت بقانون ـ حیلهٔ قانونی .

قسمت اول

کلیات

الف ـ تعریف مالکیت

ب ـ اسباب تملک

ج ـ عقود وایقاعات؛
A ـ اصل محدود بودن عقود
B ـ فرمالیسم درعقود
C ـ جهت معامله
D ـ ایقاعات
د ـ مالکیت منقول وغیرمنقول

تعریف مالکیت

۴۶۷ ـ قوانین این دوره مانند قوانین دورهٔ سوم تعریفی ازمالکیت (۱) ننموده است ولی دردورهٔ سوم از تاریخ حقوق ما مالکیت نسبت باموری مادی بکار میرود و بنابر این اصطلاح نمیتوان گفت که مستأجر مالك منافع عین مستأجره است.

۴۶۸ ـ دردورهٔ دوم حقوقدانان، مالکیت را درمعنی وسیعتری بکار میبرند که شامل امور ذیل میشود :

الف ـ مالکیت عین مانند مالکیت زمین
ب ـ مالکیت منفعت مانند مالکیت منافع عین مستأجره
ج ـ مالکیت انتفاع مانند حقی که مهمان در مال میزبان (که بعنوان پذیرائی و استفادهٔ مهمان دراختیارش گذاشته شده) پیدا میکند.
د ـ مالکیت حقوق مانند مالکیت خیار برای صاحب خیار.
ه ـ حق ایجاد مالکیت (که اصطلاحاً «ملك ان یملك» نامیده شده است) مثل حق رد وصیت زائد بر ثلث که قانون بورثهٔ موصی داده است، چه ورثه میتوانند چنان وصیتی را تجویز نکنند و بالنتیجه پس از فوت موصی مالك زائد بر ثلث شوند.

اسباب تملك

۴۶۹ ـ اسباب تملك در قوانین دورهٔ دوم عبارت است از :

---

(۱) بموجب یکی از احکام دیوان کشور کلمهٔ مالکیت و مشتقات آن در صورت فقدان قرینه درمالکیت غیر منقول بکار میرود.

الف- حیازت مباحات

احیاء موات- بنظرعده‌ای احیات‌موات از اسباب مالکیت است ولی تحقیق این است که آن ازاسباب مالکیت نیست .

ب- عقود و تعهدات مانند بیع و جعاله و صلح

ج- اخذ بشفعه

د - ارث

هـ - ایقاع مانند وصیت‌تملیکی بنابر نظر اهل‌تحقیق

عقود و ایقاعات

۴۷۰- مهمترین عامل درتملك،عقد است باین‌مناسبت توجه به‌برخی‌ازکلیات راجع بعقود که متضمن نکات تاریخی است متناسب مینماید و بمناسبت ذکر عقود اشاره‌ای‌کوتاه بایقاعات میشود .

عقود

درقوانین موضوعهٔ دوره‌دوم از تاریخ‌حقوق ما بهیچوجه تعریفی از عقد دیده نشده‌است، مولفان حقوق ایندوره‌نیز تعریفی‌جامع از آن ندارند بااینکه تحلیل‌های مشروح و مباحث طولانی در اطراف عقد در مبحث «بیع» بمیان آورده شده معذلك این‌مشکل همچنان لاینحل مانده استچه بحثی جامع‌راجع بعناصرسازندهٔ عقد که تأثیر فراوانی در ارزش استنباطات قضائی وحل مواردسکوت قانون در مورد عقدها دارد ننموده‌اند و در غالب موارد از غایت عجز دراستدلال‌به «تفاهم‌عرف»(۱) تمسك جسته‌اند(۲) اینك خلاصه‌ای‌از آنچه که در کتاب‌مستنبط دراین‌باب آورده‌ایم:

---

(۱) Foi Publique

(۲) تحولات قابل ملاحظهٔ‌حقوق دردورهٔ سوم هم چیزی دراین مورد بر آنچه که وجود داشته نیفزوده‌است .

عناصری که بطورقطع ویا بطوراحتمال داخل‌درماهیت عقد ویاخارج از آن‌میباشند بر سه گونه است :

اول ـ عناصری که بطور قطع ، سازندهٔ ماهیت عقد محسوب میشوند که عبارتند از :

الف ـ قصد طرفین عقد

ب ـ توافق قصد طرفین

ج ـ اظهار توافق بوسیلهٔایجاب وقبول

د ـ توالی عرفی ایجاب وقبول

هـ ـ موضوع عقد

و ـ معلوم بودن عنوان‌موضوع عقد

ز ـ وحدت موضوع قصد طرفین

این عناصر درهمهٔعقودوجود دارد .هرعقدمعینی‌ممکن است عناصر اختصاصی هم داشته باشد مثلا درعقد بیع عناصر اختصاصی عبارت است‌از : معلوم‌بودن‌کمیت وکیفیت‌موردمامله،مالیت‌موردمعامله،قدرت تسلیم‌وتسلم .درهرحال‌عناصر بالامستفاد از بدیهیات این علم و تحلیل ماهیت عقداست وجای‌بحث‌در آنها نمیباشد.

دوم ـ عناصری که بطور قطع، خارج از ماهیت عقد است یعنی دخالتی در تحقق این ماهیت حقوقی ندارند:

الف ـ اهلیت طرفین عقد

ب ـ تقدیم ایجاب برقبول

ج ـ تنجیز عقد (درمقابل تعلیق عقد)

د ـ تعیین منتفع از عقد . چه اصل ، عدم دخالت تعین شخصیت متعاقدین در تحقق عقد است مگردر موارد خاص و بدلیل مخصوص، بنابراین الزامات ناشی از عقد متوجه مباشرین عقد است مگر اینکه سمت عاقد معلوم باشد (مانند وکالت،

ولایت) یااینکه‌عاقدتصریح کند که برای ثالث معامله‌میکند.

سوم ـ اموری که دخالت آنها نفیاً و اثباتاً درماهیت حقوقی عقداز نظر قانون ایندوره محرز نشده است وعبارتند از :

الف ـ تعیین منتفع ازعقددرقصد عاقد، بطوری که درطول مدت‌انعقادعقدتغییر نکند .مثال‌شخصی مال غیررا بعقد فضولی بثالث میفروشد وقصد دارد که مالک‌مال، از این عقد منتفع شود ولی مالك مال پس از ختم معاملهٔفضولی آنرا بیکی از وجوه ناقل، به‌خود عاقد فضولی منتقل میکند آیا عاقد فضولی میتواند عقدفضولی را تنفیذ کند با اینکه درموقع اجازه،قصدش اینست که خود منتفع ازعقد گردد . اگر عنصر مزبور سازندهٔعقد باشد عاقدفضولی حق اجازه نمودن عقدفضولی مذکور را ندارد. تحقیق‌این‌است که‌عنصرمزبورازعناصرسازندهٔ عقد نیست.

ب ـ لفظی بودن ایجاب وقبول(۱)

ج ـ مالکیت اجازه کنندهٔ عقد فضولی درحین عقد فضولی (۲)

د ـ مالك بودن عاقد درحین عقد یامأذون بودن عاقدازطرف مالك یاازطرف قانون (۳)

هـ ـ مقارنت‌رضا وقصد(٤)

و ـ لزوم عقد (٥)

ز ـ ارادهٔ صوری ـ در حقوق ایندوره سندی دیده نمیشود که بموجب آن بتوان ارادهٔ عاقد(که‌سازندهٔ ماهیت عقد است) رااعم از ارادهٔ واقعی وارادهٔصوری

---

(۱) بموجب ماده ۱۹۱ قانون‌مدنی این‌عنصر شرط تحقق عقد نیست.
(۲) راجع باین‌عنصر قانون مدنی ساکت‌است.
(۳) بموجب ماده۲٤۸ قانون‌مدنی این عنصر شرط تحقق‌عقدنیست.
(٤) مستفاد از ماده۱۹۹ قانون مدنی عدم‌دخالت این عنصر در ماهیت‌عقد است.
(٥) بموجب ماده۱۸٦، این‌عنصر دخالتی درماهیت عقد ندارد.

دانست ولی عملا باستناد استدلال عقلی ،ارادهٔصوری را هم کافی درتحقق ماهیت عقد میدانندو پیدایش خیار تبعض صفقه و خیار غبن وخیار عیب و خیار رؤیت وخیار تدلیس برهمین پایه قرار گرفته است و این مبنی درحقوق مدنی دورهٔ سوم از تاریخ ماقبول شده است.

۴۷۱ ـ **اصل محدود بودحقوق** ـ اکثریت حقوقدانان دورهٔدوم عقیده‌دارند که مقنن هر نوع عقدی راتجویز نکرده‌است بلکه فقط عقودی را که درعصرخود معمول به بوده است ومورد منع قرار نداده‌قانونی شناخته است. بنابراین برای اینکه‌عقودتازه که به‌موازات تحولات اقتصادی‌واجتماعی بشر خواه ناخواه پیش‌میآید اعتبارقانونی حاصل کند باید رعایت دونکتهٔ ذیل‌در بارهٔ آنها بشود تاقانوناً منشاء اثر واقع گردد:

اولا ـ مشمول منع های مقرر در قانون نباشد نظیر ممنوع بودن بیع ربوی وبیع غرری .

ثانیاً ـ علاوه بررعایت نکتهٔ اول بطور مستقل بین طرفین قرارداد واقع نشود بلکه باید محصول‌این‌قرار داد بصورت شرط ضمن‌العقد دریکی از عقودی که‌مجاز بودن آن‌مسلم‌است گنجانده‌شود. مثال‌همسایه‌ای‌میخواهد در مقابل همسایه‌اش‌متعهد شود که‌دیوارخانهٔ‌خودرااارتفاع معینی بالاتر نبرد تامانع نور ومنظرهٔ خانهٔ‌همسایه نشود و درازاء این تعهد مبلغی بگیرد برای اجراء اینعمل که دردورهٔ سوم باوجود مادهٔ۱۰ـ۳۰ قانون مدنی اشکالی دیده نمیشوددر دورهٔ دوم بنابنظر اکثرحقوقدانان چون این قرارداد معنون به هیچیك ازعقود مجاز درقانون نبوده است ناچار باید طرفین‌قرارداد قبلا یك‌قرار داددیگر (که‌معمولا صوری‌است) مثلا بصورت‌بیع‌یك‌قوطی کبریت واقع سازند وضمن عقد بیع مزبور یکی از آنان تعهد نماید که‌دیوارش‌را از حدمعینی بالاتر نبرد ودر مقابل تعهد مزبور مبلغی بگیرد .براثر این سابقه‌است

که هنوز هم تنظیم کنندگان اسناد رسمی تعهداتی را که ازعقودمعینه ناشی نمیشود به صورت شرط ضمن عقد در آورده و در سند مینویسند «ضمن عقدخارج لازم شرط گردید...» ولواینکه واقعاً درخاج عقدی صورت نگرفته باشد. باید دانست که بعضی ازحقوقدانان در این دوره اصل محدود بودن عقدها را خالی ازدلیل میدانستند.

معاوضه وعقد

۴۷۲ـ بعضی از حقوقدانان صاحب نظر این دوره که ایجاب و قبول لفظی را شرط تحقق ماهیت «عقد» میدانند و قراردادهای مالی راکه فاقدایجاب و قبول لفظی است مطلقا «معاوضه» مینامند عقیده دارند که معاوضات باین معنی دو قسم است: معاوضات معین و معاوضات غیر معین؛ نمونهٔ بارز معاوضهٔ معین بیع معاطات است و نمونه‌ای ازمعاوضات غیرمعین، معاملاتی است که بصرف ایصال ثمن و اخذ مثمن صورت میگیرد بدون اینکه طرفین معامله باهم روبروشوند مثل اینکه مشتری وارد دکانی میشود که فروشنده‌ای در آن نیست و قیمت یك قوطی سیگار همارا در دخل صاحب مغازه گذاشته و آن قوطی سیگار را برداشته و میبرد در اینجا ایجاب و قبول حتی بصورت دادوستد هم واقع نشده است.

نتیجه ـ باین ترتیب «اصل نامحدودبودن معاوضات» در کنار «اصل محدود بودن عقود» در حقوق این دوره پذیرفته شده است (۱)

۴۷۳ـ **فرمالیسم درعقود** ـ درحقوق دورهٔ دوم براثر تأثیر آراء وعقایدعلماء حقوق و اکثریت قریب باتفاق آنان این نظر پیداشد که علاوه بر رضایت طرفین برای تحقق عقد باید الفاظ مخصوصی (که اصطلاحاً «صیغه» نامیده شد) از طرف متعاقدین

---

(۱) البیع یتحقق بانشائه بالفعل اوالقول. ومجردوصول کل عوض الی مالك الاخر لیس بیعاً ... فالالتزام بکونه اباحة بالعوض (وان الدلیل علیه هوالسیرة فی خصوص المحقرات) لابأس به **لعدم دلیل علی انحصار باب المعاوضات بالعناوین الخاصة.**
منیة الطالب ـ جلد اول ـ صفحهٔ ۶۹

بیان‌شود تا جائی که گفته‌شد: معاطات عقدنیست بجهت‌اینکه فاقدصیغه‌است،وبرخی ازاین فراتر رفته و صیغه‌را جزو اجزاء تشکیل دهندهٔ ماهیت عقد میدانستند. بهمین جهت‌اساساً عقود صوری بود. ولی‌نظر تحقیقی این‌است که قوانین موضوعهٔ این دوره تمایلی به‌صوری بودن عقود نشان‌نداده است. قانون‌مدنی دورهٔسوم نیز این نظر را انتخاب کرده است(مواد ۱۹۱_۱۹۳).

۴۷۴- **جهت‌معامله** - مادهٔ ۲۱۷ قانون مدنی دورهٔ سوم میگوید:

«درمعامله لازم نیست که جهت آن تصریح‌شود ولی اگرتصریح‌شده باشدباید مشروع باشد والا معامله باطل‌است» تأثیر عدم مشروعیت جهت(۱) معامله‌در بطلان آن ازاختراعات مقنن‌قانون مزبور است چه‌درقوانین دورهٔدوم سندقاطع که‌نامشروع بودن‌جهت معامله را موجب بطلان آن قرارداده باشد دیده‌نشده است. ولی‌پاره‌ای ازاسناد مربوط باین‌دوره نشان میدهدکه بطوراستثنائی دربعضی‌موارد، نا مشروع بودن جهت معامله به‌پیوست پاره‌ای امور دیگر موجب فساد معـامله شناخته شده است چنانکه غازان (قرن هفتم‌هجری) دستور داد که کنیزان را به کسانی که برای اعمال نامشروع آنانرا میخرند نفروشند (۲) بشرط اینکه خود کنیز نیز راضی بآن اعمال نباشد، بنابراین تنها نامشروع بودن‌جهت معامله کافی نبود بلکه‌عدم رضایت کنیز بضمیمهٔ نامشروع بودن جهت معامله، مؤثر در فساد معامله بود.

ایقاعات (۳)

۴۷۵- ایقاع یک‌عمل قضائی یکطرفی‌است یعنی عملی است قانونی (٤) که به

---

(۱) Le motif

(۲) مؤلف تاریخ‌غازان در اینمورد مینویسد: «...بدان سبب‌یرلیغ اصدارافتاد که هرکنیزک که اورا میل‌بخرابات نباشد اورابآن جماعت نفروشند...»

(۳) Acte unilatéral

(٤) عنوان «عمل‌قانونی» موجب میشود که تعریف بالا شامل‌جرائم نشود چه‌جرم عمل‌غیر قانونی است که بخواست‌یکطرفی‌مجرم‌منشأ آثارحقوقی میشود.

رضایت یکطرف منشأ اثر گردد مانند طلاق واعراض وابراء و غیره.

مصادیق ایقاع در قوانین موضوعهٔ دورهٔدوم و سوم وجود دارد ولی تعریفی از ایقاع درنصوص قانون این ادواردیده نشده است . مؤلفان حقوق این دوره درتعریف ایقاع چنین گفته اند :

ایقاع یك عمل قضائی یکطرفی است که قابل فسخ وردنباشد.

۴۷۶ ـ نکته ـ دردورهٔدوم سازمان ایقاع رامختص حقوق خصوصی دانسته‌اند ولی بنظرما اختصاص آن به‌حقوق خصوصی موردندارد (به فرهنك حقوقی ـ اصطلاح ایقاع مراجعه شود) ودرتعریف بالاکه ازایقاع بعمل آمده‌رعایت این‌فکرشده‌است.

مالکیت منقول ـ مالکیت غیر منقول

۴۷۷ تقسیم‌مال بمنقول(۱) وغیرمنقول (۲) هرچند که‌بطورصریح درقوانین و تألیفات حقوقی این دوره دیده نشده ولی بطورضمنی این معنی در تألیفات آندوره وجوددارد از آن‌جمله‌است موردی که از تسلیم مبیع به‌مشتری و کیفیت اقباض‌بحث میکنند باین معنی که‌اقباض بیع منقول وبیع غیرمنقول در عمل فرق‌دارد .ولی، آنچه که‌مسلم‌است این‌است که‌قانون‌وعملکرداینندوره اثرحقوقی برای تقسیم اموال‌به‌منقول وغیر منقول قائل نیست؛ بنابراین مواد یازده تابیست ودو ازقانون مدنی دوره سوم سابقه‌ای درحقوق ایندوره‌ندارد.

قسمت دوم

اعتبار سند ـ اسناد مالکیت ومرور زمان ـ قاعدهٔ ید

الف ـ اعتبار سند

Meuble (۱)
Immeuble (۲)

ب ـ اسنادمالکیت ومرور زمان

ج ـ قاعدهٔ ید

اعتبار سند

۴۷۸ ـ درقوانین موضوعهٔ ایندوره اعتبار سند بعنوان یك قرینه پذیرفته شده است ولی مستقلا دلیل اثبات محسوب نمیشود .درقرآن مجید دستورداده شد(۱) که در معاملاتی که‌موجب حصول دین‌میشود مدیون نوشته‌ای به‌طلبکار بدهد که در آن نوشته ،اقرار بدین ومدت دین بنماید، وبرای ارزش اثباتی آن نوشته (بمنظور این که مجال ادعای جعل به مدیون داده‌نشود) اقرار مزبور نزدد و شاهد صورت گیرد. نوشته‌مزبور(بعنوان سندمدیونیت) تسلیم دائن میشدووثیقهٔ دین‌او محسوب‌میگردید بطوری که جانشین رهن‌محسوب بود .

چنانکه ملاحظه میشود برای اعتبار سند « شهادت شهود» که‌خوددلیل‌اثبات جداگانه‌ای است بآن ضمیمه شده است نظر بتوجیه فوق است که‌درایندوره اگر شاهد ذیل سندی را که حاکی از وقوع یك‌عمل قضائی بوده بخط خود تصدیق‌وبه مهر خود ممهورمینمود وپس از مدتی برای اداء شهادت درمحکمه احضار میشد و بفرض شناختن‌خط ومهر خود ازمفادسند بعلت‌فراموشی بی اطلاع میگردید قانوناً مجاز نبود که‌شهادت برصحت مندرجات سند بدهد ، زیراشاهد قانونا بایدمطلع به

---

(۱) «... اذا تداینتم بدین ... فاکتبوه... ولیملل الذی علیه‌الحق... واستشهدوا شهیدین من‌رجالکم ... ولاتسأموا ان‌تکتبوه ... ذلکم... ادنی‌الا ترتابوا... و ان کنتم علی‌سفر ولم‌تجدو اکاتبافرهان‌مقبوضه... (آیه ۲۸۲ سورهٔ بقره) یعنی اگر دینی بعهده گرفتید آنرا بنویسید، مدیون‌باید آنرا بنویسد... و دو شاهد مسلمان بر اقرار مدیون که‌در سند نموده بگیرید. درنوشتن دیون‌مسامحه نورزید چه اینکار برای رفع شبهات بعدی بهتر است. اگردر مسافرت (یا جائی که نویسنده وجود ندارد) معامله‌ای صورت داد‌ید بمنظور اخذ وثیقه بجای سند، مدیون رهن به‌دائن بدهد.

مورد شهادت بوده باشد وسند قانوناً برای او علم واطلاع ایجاد نمیکرد(۱)

۴۷۹ ـ نکته ـ نظر بمراتب فوق است که این **Adage** بین مؤلفان حقوق ایندوره مشهورشده است: **لااعتبار بالقرطاس** یعنی نوشته درروابط حقوقی مدرک محسوب نمی‌شود .ولی مراتب فوق مورد اتفاق حقوقدانان ایندوره نبوده واهل‌سنت از ابتداء ظهور اسلام برای سند اعتبار قائل می‌شدند. تاریخ‌حقوق ایندوره‌نشان می‌دهد که‌از عصرملکشاه سلجوقی اسناد مالکیت که‌وسیلهٔ‌اثبات‌دعاوی در محاکم رسمی بودوجود داشته است ، واز گرفتاریهای بزرك سلاطین وقت‌مرافعاتی‌بود که‌از اسناد مالکیت‌متعارض‌یامجعول برخاسته‌می‌شد و نشان می‌داد که‌مقررات‌سودمندی برای‌اعتبار کامل‌سندوجودنداشته است.

مقررات کنونی راجع باسناد هیچوقت دردورهٔ مزبود وجود نداشته است،واز

---

(۱) این‌مراتب عیناً درحدیث ذیل‌دیده می‌شود:

خبرحسین بن‌سعیدقال : کتب‌الیه جعفر بن عیسی... جائنی جیران‌لنا بکتاب زعموا انهم اشهدونی علی‌مافیه، وفی‌الکتاب‌اسمی بخطی قدعته، ولست‌اذکرالشهادة وقددعونی الیها، فاشهد لهم‌علی معرفتی ان‌اسمی فی‌الکتاب ولست اذکرالشهادة اولانجب‌الشهادة علی‌حتی اذکرها کان‌اسمی فی‌الکتاب اولم‌یکن ؟ فکتب(ع) لاتشهد.

و همچنین است حدیث‌ذیل :

روایةزریق کنت عندابیعبدالله(ع) یوماً اذدخل‌علیه رجلان‌فقال‌احدهما: انه کان‌علی دین من‌رجل‌من بنی‌عمار وله‌بذلك **ذکرحق‌وشهوث**، فاخذالمال‌ولم‌استرجع عنه‌الذکر بالحق **ولاکتبت علیه‌کتابا ولااخذت منه براْة‌بذلك** و ذلك لانی وثقت‌به وقلت‌له **مزق‌ذکرالحق** الذی عندك، فمات وتهاون بذلك ولم‌یمزقه؛ وعقیب هذاطالبنی بالمال وراثه‌و حاکمونی واخرجوا بذلك **ذکر الحق واقاموا العدول** فشهدوا عندالحاکم فاخذت‌بالمال وکان‌المال کثیراً فتواریت عن‌الحاکم‌فباع‌علی قاضی الکوفه معیشةلی‌وقبض القوم المال وهذا رجل من‌اخواننا ابتلی بشراء معیشتی من‌القاضی ثم‌ان ورثة المیت‌اقروا ان اباهم قدقبض المال و قد سألوه ان یرد علی معیشتی و یعطوا به الثمن فی‌النجم معلومة .....

مکاسب (صفحهٔ ۱۲۶)

این جهت حقوق دورهٔ سوم به‌ثبات و قرارقسمت بزرگی از روابط حقوقی مردم کمك کرده است .

اسناد مالکیت و مرور زمان

۴۸۰ ـ از ابتداء این دوره مدرکی که وضع اسناد مالکیت را درزندگی قضائی مردم روشن کند بدست نیامد بااینکه در مقابل اهمیتی که برای حشم(۱) وخدم قائل بودند بمالکیت ارضی هم توجه داشتند. تدریجاً از اختلاط اقوام مهاجر ومهاجم تهیدست باایرانیان متمدن ثروتمند میل بداشتن اراضی در آن اقوام پیداشد، چنانکه مؤلف کتاب تاریخ غازان چنین مینویسد :

«چون مغول را برخلاف ازمان متقدم هوس املاك بادید آمده سعی در آن زیادت می نمودند ...»

در حدود عصر سلطان ملکشاه سلجوقی بااهمیت سند مالکیت ازنظر اثبات مالکیت و جعل این نوع اسناد روبرو میشویم ، چنانکه مؤلف تاریخ مزبور مینویسد:

«درعهد سلطان سعید ملکشاه ... قبالات کهن ... دردست مردم بود وآنرا پیش «قضات میبردند وحیلتها ... می انگیختند وآنرا بثبوت میرسانیدند ... چون ملکشاه و «نظام الملك بر آنحال واقف شدند برصورتی که مناسب شرع بوده مثال نوشتند و «فرمودند که بعلت قبالات کهنه که مدت سی سال بدان دعوی نکرده باشند دعوی نکنند «ونشنوند. وآن مثال هنوز موجوداست ونسخ آن دراطراف منتشر..

۴۸۱ـ ازاین مطلب استفاده میشود که اعتبار سند مالکیت برای غیر متصرف ازحین صدور تاسی سال بوده است ، و پس ازانقضاء سی سال ازتاریخ صدورسند، ارزش اثباتی سند از بین میرفت .این قانون ازعهد ملکشاه تاعصر غازان مغول در ایران باقی بوده

---

(۱) عنوان محتشم یادگار دورانی است که احشام واغنام بااهمیت بود .

است، چنانکه بنقل مؤلف کتاب تاریخ غازانی دریکی ازفرامین غازان چنین نوشته شده است :

«هر دعوی که ازسی سال ... با وجود تمکن مدعی و ارتفاع موانع، متعرض آن
«نشده باشند اگر بعداز انقضاء آن مدت، دعوی کنند اصلا نشنوند چه فساد چنان دعوی
«ظاهراست وشنیدن آن مستهجن . وسلاطین سلجوقی پیش‌ازاین باآن معنی افتاده‌اند و
«بمدد اجتهاد ائمهٔ وقت ، منع سماع آن کرده ... و یرلیغ پدران ما نیز در این باب
«صادر شده ...

۴۸۲ ـ از این مطلب معلوم‌می شود که شرط سقوط ارزش‌اثباتی‌سند دوچیز بوده است .

الف ـ گذشتن‌سی‌سال ازتاریخ‌صدورسندمالکیت

ب ـ عدم طرح دعوی مالکیت ازطرف صاحب سنددرصورتیکه مانعی برای طرح دعوی نداشته‌است ، بنابراین طرح دعوی‌دراثناء مدت سی‌سال‌قاطع مرورزمان بوده‌است .

۴۸۳ـ ازپاره‌ای‌مندرجات‌فرمان‌غازان چنین‌استفاده می‌شود که علاوه‌برشروط بالاشرط سومی‌نیز بایدرعایت‌شود وآن‌این‌است که مدعی‌مالکیت که‌باستناد مالکیت اقامهٔ دعوی می کند علیه کسی دعوی را طرح نماید که باستناد تصرف خودرا مالك می‌داند؛ چنانکه‌درفرمان‌اوچنین‌نوشته‌شده‌است:

« چه بسیاراست که شخصی‌ملکی داشته است... وبرملکیت واستحقاق اووثائق و
«حجج شرعی نوشته، بحکم‌قضات‌وحکام شرع مؤکد ومسجل گشته ، بعدازمدتی‌مدید آن
«ملك بناقلی شرعی ازوی‌بغیری منتقل شده وآن غیری بدیگری وهلم جراً ،وآن‌حجت
«ها درخانهٔ مالك‌اول مانده بدست چندوارث گشته، بعداز مدتی متطاول یکی‌ازوارثان
«فرصت‌جوی‌آن حجت هابیرون می آورد وبدان احتجاج‌می کند که‌در فلان‌تاریخ ملك‌جد
«من بوده‌وامروز بحکم‌ارث بمن می‌رسید... سلاطین‌ماضی‌وخلفاء متقدم...احتراز ازامثال
«این‌احتمالات،حکم کرده‌اند که دعاوی‌پس‌ازمدت‌سی‌سال‌دراملاك‌واسباب‌مقبول‌ندارند...
«وبعدازایشان یرلیغ ایلخان بزرك ارغون‌خان بامضاء آن احکام پیوسته .چون دراین
«باب رجوع بااقاویل ائمه واجتهادات علماء کرده‌شدمعلوم شد که جمعي... کثیر ازائمه‌و

«علماء متاخر اتفاق ... کرده‌اند بر آنچه اگر دو شخص در یك موضع باشند و یکی
«متصرف ضیاعی مبین باشد و در آن موضع حاکمی.. نافذ الحکم حاضر، و مانعی... از دعوی
«استحقاق ظاهر او موجود نه، و مدت سی سال کامل بگذرد که یکی از ایشان بر دیگری که
«صاحب ید و متصرف باشد دعوی نکند، بعد از آن متمکن آن دعوی نباشد و قاضی آن دعوی
را مسموع و مقبول (مطلب شماره ۲۰۰)

۴۸۴ ـ در این زمینه بر اثر ضعف سازمانهای اداری و عدم نظارت دقیق عده‌ای دست بسند سازی می‌زدند مثلا برای ملکی که در حوزهٔ ری واقع شده بود سندی تهیه می‌شد و بمهر و امضاء یکی از دادرسان که مقر دادرسی او از ری نسبتاً دور بود میرسید، سپس صاحب سند در محکمهٔ ری ادعاء مالکیت می‌نمود. غازان در یکی از فرامین خود قضات نقاط دوردست (از محل وقوع ملك) را از تصدیق سند مالکیت برحذر داشته و در این باب چنین نوشت:

« باید... تأنی را.. کارفرمودن در باب حکم نامه‌ها که مهر کنندچه .. اکثر قضایا که
« در موضع و خطهٔ خویش نفاد نمییابد اصحاب آن پیش قضات دیگر ولایات آنرا بثبوت
« میرسانند، و بسبب آنکه در آن خطهٔ غریب بر اسباب و احوال این قضیه اطلاع نمی افتد و صحت
« وسقم آن بر قضات پوشیده می‌ماند بی تحقیق حجت را مختوم بدیگر قضات فرستند تا میگشایند
« بثبوت آن حکم می کنند و باطل بصورت حق رواج می یابد.. و طریق خلاص از این وظیفه
« آن است که قضات تا بر... ضرورت رفع آن به وضعی غریب مطلع نگردند... ثبوت آن
« ننویسند و بختم نرسانند.

۴۸۵ ـ نکته مندرجات فوق تصوری دقیق از اضطرابهای موجود در قسمتی از روابط قضائی مردم سرزمین ما را در قرون گذشته نشان می‌دهد. این وضع مسلماً در عهد تیموریان و صفویه تا اوائل دورهٔ سوم نیز کم و بیش برقرار بوده است بنابراین مقایسهٔ این اوضاع با قوانین ثبت و دفاتر اسناد رسمی که وجود آنها از مزایای حقوق دورهٔ سوم محسوب است تغییر محسوسی را از نظر قانونگزاری نشان می‌دهد.

قاعدهٔ ید

۴۸۶ ـ در این دوره بموجب این قاعده کسی که بعنوان مالکیت، متصرف مالی

(اعم ازمنقول و غیرمنقول) بودمالك آن‌مال محسوب میشد. مدلول این قاعده که یك دلیل اثباتی است عینا در مادهٔ ۳۵ قانون مدنی فعلی ما منعکس شده‌است(۱) ولی بایددانست:

اولاً ـ استنباطات‌غیرقضائی(مطلب‌شماره‌۳۶-۴۲۶ ببعد)دردورهٔوسطی‌موجب شد که‌قاعدهٔ‌ید‌محدود بموردی شود که شرایط ذیل در آن‌وجود داشته باشد:

الف ـ یدمتصرف«حالت سابقهٔ» معلوم نداشته باشد؛چه‌اگر حالت سابقهٔ‌معلوم داشته‌باشداستصحاب جاری‌می‌شودو نوبه بقاعدهٔ یدنمی‌رسد؛مثال : شخصی که سابقاً مالی‌رابامانت داشته‌باشدفعلا باستناد «ید»مدعی‌مالکیت‌است‌درچنین‌موردی ازقاعدهٔ ید(ومادهٔ۳۵ مزبور)بنفع او استفاده نمی‌شود.

ب ـ علاوه‌بررعایت‌شرط بالانبایدمال‌مورد‌ادعاء مالکیت‌ازاموال‌غیرقابل‌انتقال (ماندوقف‌یامشترکات عمومی)باشد چه درمورد این‌اموال‌هم‌باستنادقاعدهٔ‌یدنمیتوان بنفع مدعی حکم نمودبلکه‌بموجب‌استصحاب؛حالت سابقه (مثل وقفیت)ابقاء وتثبیت می‌شود (۲)

۴۸۷ ـ ثانیا ـ بنابمندرجات مطلب‌شمارهٔ ۴۸۰ ببعد درتحولات حقوقی دورهٔ وسطی‌تحت‌شرائطی که بیان‌شد(مطلب‌شمارهٔ ۴۸۲ـ ۴۸۳)یددراموال‌غیرمنقول(ولااقل دراراضی) مطلقاً دلیل مالکیت محسوب‌نمی‌شدبلکه‌سندمالکیت از نظرقانون این خاصیت راداشت که‌میتوانست‌علیه‌ذوالید ومتصرف ، دلیل‌مالکیت‌محسوب‌شود . باین ترتیب می‌بینیم ارزش اثباتی مطلق(درمنقول وغیرمنقول)ید؛ طی تحولات‌حقوقی‌دورهٔ دوم تدریجاً محدود می‌شود یعنی گذشت زمان ونیازهای‌اجتماعی ازاطلاق قاعدهٔ ید می کاهد.

---

(۱) تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن‌ثابت شود.

(۲) در تفسیر مادهٔ ۳۵ قانون مدنی کنونی باید رعایت‌مراتب بالا رانموده‌زیرا وسعت بیش‌از اندازهٔ آن ماده ممکن است ایجاد اشتباه نماید.

۴۸۸ ـ نکته ـ باین ترتیب میبینیم فکری که درمادهٔ ۲۲۷۹ قانون مدنی فرانسه دیده می شود (۱) در تاریخ زندگی قضائی ملت ماسابقهٔ ممتدی دارد. و آنچه که در دورهٔ سوم درمادهٔ ۲۲ قانون ثبت گفته شده:

« همین که ملکی مطابق قانون دردفتر املاک بثبت رسید دولت فقط کسی را که
« ملك باسم او ثبت شده و یا کسی را که ملك مزبور باو منتقل گردیده .. مالك
خواهد شناخت .

که بالنتیجه ارزشی اثباتی مادهٔ ۳۵ قانون مدنی رامحدودنموده نسبت بدورهٔ دوم چندان تازگی ندارد زیرا در هردو دورهٔ نظر براین بوده که لااقل درمورد اموال غیرمنقول تحت شرایط خاصی سند مالکیت راحاکم برقاعدهٔ قرار دهند.

قسمت سوم

اراضی

الف ـ اصول تقسیم اراضی

ب ـ زمین خراج

ج ـ اقطاعات یاتیول

اصول تقسیم اراضی

۴۸۹ ـ از نظر قوانین ایندوره اراضی چهار نوع بود:

الف ـ اراضی که ملك شخصی اشخاص محسوب می شد.

۱ـ ... En fait de meubles la possetion vaut titre

ب ـ اراضی خراج که ملك همهٔ مسلمین (اعم از موجودین و معدومین) بود.
ج ـ اراضی وقف و مشترکات عمومی نظیر معابر
د ـ اراضی انفال بشرح مذکور در مطلب ۷٦

زمین خراج

۴۹۰ ـ زمین خراج (مطلب ۱۲۷) ملك مشترك مسلمین محسوب میشد . مقررات مربوط بزمین های خراج درحقیقت معدل مالکیت خصوصی اراضی بوده وقانون قابل دقت ایندوره است. قسمت مهمی از اراضی عراق کنونی (که «سواد» نامیده میشد) جزو در اراضی خراج است که در بعضی از آثار سلف سی و شش میلیون جریب معین شده است . بر اثر فقدان فکر اجتماعی مردم چیزی نگذشت اراضی خراج بصورت اموال خصوصی اشخاص در آمد بطوری که اسناد مسلمی که اراضی خراج و حدود و مساحت آنهارا معین نماید در دست نیست.

اقطاعات

۴۹۱ ـ در بدأ دورهٔ وسطی دادن قطائع یا تیول باشخاص بندرت صورت میگرفت معروف است که پیغمبر (ص) به بلال قسمتی از اطراف مدینه را بتیول داد . ولی تیول گیرنده (یا مقطع) مالك زمین محسوب نمیشد.

مدرکی که اهمیت تیول را در عصر خلفاء عباسی اثبات کند بدست نیامد ولی پس از انقراض این سلسله در عهد مغولان تیول اهمیت زیادی یافت بطوری که شاعر عصر مغول در مدح امیری می گوید:

در طالع تو نگاه کردم دیدم — اقطاع تو صد هزار جان خواهد بود!

ترتیب دادن تیول تا اواخر عصر قاجار بر اهمیت خود باقی بود.

۴۹۲ ـ در بدأ دورهٔ وسطی اراضی انفال بتیول داده می شد ولی در عهد مغولان و

تیموریان و ازمنهٔ بعد یك ناحیه از ممالك (که جزو خالصه و اینجو نبود) بتیول داده میشد و تیول گیرنده موظف بود مالیات آنجا را طبق دستور حکومت مرکزی وصول نموده و بخزانه برساند یا طبق دستور دولت (معمولا حواله هائی بعهدهٔ تیول گیرنده صادر می شد) مصرف نماید، و این بکلی مغایر با اقطاعاتی است که در بدأ دورهٔ وسطی وجود داشته است. چیزی که در خاطره ها بیادگار مانده است تعدیات بیحد و حصر تیولداران بوده است. بعد از عصر عباسیان این معنی را در تألیفات این دوره مانند تاریخ غازانی و تزوك تیموری وغیره میتوان دید.

۴۹۳ـ در عصر مغول و شاید در ازمنهٔ بعد از آن دولت مرکزی بوسیلهٔ صاحبان اقطاعات از اقطاعات مالیات میگرفت، و چنین نبود که تیولها از هر جهت تحت ارادهٔ صاحبان آنها باشد چنانکه مؤلف تاریخ غازان می نویسد:

« درهر ولایت که بخوانین و شهزادگان و بامراء داده می شد و باقطاع لشکر
« سپرده اند... بموجب قانون لوح هر موضعی بنهند تا متصرفان مذکور بدل خود (یعنی
« بمیل خود) متوجهات دیوانی (یعنی مالیاتها) زیادت از آن نتوانند ستد و اهل آن
« موضع نیز درزحمت نباشند.

۴۹۴ـ نکته ـ هرچند بعلت قوانین ارث اراضی وسیع از مالك واحد بمالکین متعدد منتقل میشد ولی درعوض بعلت خودمختاری سلاطین دورهٔ وسطی و متنفذین ولایات که بصورت مصادرهٔ اموال مردم ظاهر میشد مالکیت ارضی در دورهٔ دوم غالباً متزلزل بوده است، مندرجات تاریخهای دورهٔ وسطی گواه این معنی است. قوانین ثبت اسناد در دورهٔ سوم ثبات و قرار بیشتری بمالکیت ارضی (و مالکیت اموال غیر منقول) میدهد و این مزیتی است که اختصاص باین دوره دارد.

قسمت چهارم

قاعدهٔ تسلیط ـ سوء استفاده از حق ـ تقلب نسبت بقانون ـ حیلهٔ قانونی

الف ـ قاعدهٔ تسلیط

ب ـ سوء استفاده از حق

ج ـ حل تعارض اصل تسلیط ولاضرر

د ـ تقلب نسبت بقانون

هـ ـ حیلهٔ قانونی

قاعدهٔ تسلیط

۴۹۵ ـ این قاعده که بعلت استفاده از نص «الناس مسلطون علی اموالهم» بنام قاعدهٔ تسلیط نامیده شده است ازقواعد معروف حقوق تحققی دورهٔ وسطی است که در قانون مدنی کنونی (مادهٔ ۳۰) نیز منعکس شده است. حدود این قاعده و تفسیر آن از جهات گوناگون مورد اختلاف بین حقوقدانان بوده است که ما دو جهت آنرا ذیلا ذکر میکنیم:

۴۹۶ ـ الف ـ **شمول ذاتی قاعدهٔ تسلیط** ـ در این مورد خود قاعدهٔ تسلیط بدون مقایسه و سنجش بایك قاعدهٔ حقوقی دیگر مورد بررسی قرار میگیرد در این مورد دو نظر وجود دارد:

اول ـ اینکه قاعدهٔ تسلیط شامل دو دودسته «تسلط مالکانه» میشود:

الف ـ نوعهای تسلط مالکانه مانند رهن، بیع، صلح، مضاربه وغیره. هریك ازاین

امور يك نوع تسلط مالكانه است بنابراين اگر يكنوع تسلط مالكانهٔ جديد (مانند بيمه) درزندگی قضائی جامعه پيدا شود لازم نيست حتماً نص خاص قانون آنرا تجويز كندبلكه باستناد نص عام «الناس مسلطون علی اموالهم» ميتوان چنان تسلطی را (در صورتيكه مانع قانونی ديگری نداشته باشد) درست دانست.

ب- مصداق های نوع واحدی از تسلط مالكانه- مثلاشخص ميتواند تسلط مالكانهٔ خود را بصورت بيع (كه نوعی از تسلط های مالكانه است) اجراء نمايد اين نوع تسلط مالكانه مصداقهای گوناگون دارد مانند: بيع معاطات و بيع غير معاطات، حال اگر نص قانون نسبت بصحت بيع معاطات ساكت باشد ميتوان چنين بيعی را باستناد قاعدهٔ تسليط درست و قانونی دانست.

۴۹۷- دوم- نظر دستهٔ ديگر از حقوقدانان اين دوره آن بود(۱) كه قاعدهٔ تسليط فقط درمورد سكوت قانون نسبت به فقرهٔ (الف) ميتواند مستند واقع شود نه در مورد فقرهٔ(ب). باين ترتيب می بينيم كه مقدار شمول ذاتی قاعدهٔ تسليط مورد اختلاف است(۲).

بنظر ما رأی اول مقرون بحقيقت است زيرا دو نظر فوق در حقيقت دو تفسير است از يك قانون نهايت اينكه اولی تفسير موسع است و دومی تفسير مضيق، بديهی است درقوانين مدنی اصل تفسير موسع است مگر اينكه مانعی برای تفسير موسع وجود داشته باشد و در اين مورد چنين مانعی ديده نميشود. مضافاً براينكه اصل حريت اراده مقتضی

---

(۱) يكی ازحقوقدانان بزرك ما ميگويد:
قديستدل علی حصول الملكية بالمعاطات بعموم «الناس مسلطون علی اموالهم» بتقريب ان من انحاء السلطنة تبديل ماله بمال غيره بالفعل، ولكنه لايخفی ان عموم انحاء السلطنة انما هو باعتبار افراد السلطنة التی تثبت لمالك كالهبه و البيع و القرض و الاجاره، فلوشك ان نوعاً آخر من انحاء السلطنة كالصلح من افراد هذه العموم فيتمسك بعموم هذه الرواية لصحته و نفوذه. واما لوعلم بتسلط المالك علی بيع ماله ولكنه شك ان الموجد له هو الفعل ايضا او ينحصر بالقول فليس العموم ناظراً اليه ...

(۲) عين اين اختلاف در تفسير مادهٔ ۳۰ قانون مدنی هم ممكن است مطرح شود.

جواز هر نوع تصرف مالك در مال خود میباشد، منع تصرف در مال خود محتاج بدلیل قطعی است نه جواز تصرف.

۴۹۸ ـ **تبصره** ـ مدلول قاعدهٔ تسلط در دورهٔ سوم از تاریخ حقوق ما بصورت مادهٔ ۳۰ قانون مدنی مورد قبول قرار گرفت. شرح بالاسابقهٔ تاریخی این ماده را که از اصول کلی حقوق فعلی ما است بیان می نماید.

نکته ـ مدلول مادهٔ ده قانون مدنی نسبت به « قرارداد های خصوصی راجع به مالها» کاملا در مدلول مادهٔ ۳۰ قانون مدنی نیز منعکس است یعنی میتوان در قراردهای خصوصی راجع بامور مالی بمدلول مادهٔ ۳۰ نیز استنادنمود.

۴۹۹ ـ **ب ـ شمول نسبی قاعدهٔ تسلیط** ـ در این مورد شمول «قاعدهٔ تسلیط» نسبت بشمول قاعدهٔ دیگری بنام « قاعدهٔ لاضرر » مورد بررسی قرار میگیرد که تحت عنوان «سوء استفاده ازحق»(۱) از آن بحث می کنیم :

سوء استفاده از حق

۵۰۰ ـ این عنوان بدون تعیین دقیق حدود آن ازحقوق اروپا وارد حقوق دورهٔ سوم شده است ، تعریف هائی که در حقوقهای خارجی از این عنوان شده غالباً وسعت فوق‌العاده‌ای داشته و قاطعیت مطلوب را ندارد چنانکهٔ در دو تعریف ذیل دیده‌می شود :

اول ـ هر گاه کسی به‌استناد داشتن حق شخصی و قانونی خود، در حین اعمال آن حق، اصلی از اصول مربوط به‌نظم قضائی (۲) جامعه را زیرپا گذارد وموجب خسارت دیگری شود ازحق خود سوء استفاده نموده‌است!

۱ـ Abus des droits

۲ـ Ordre Juridique

اولا ـ نظم قضائی یك مطلب مبهم وغیر قابل تسخیر است.

ثانیا ـ اصول مربوط بنظم قضائی معلوم نیست وممکن است هر دادرسی اصلی ازاصول حقوقی را مربوط بنظم قضائی تلقی کند.

۵۰۱ ـ دوم ـ هرگاه مقنن حقی را درقانون بطور ناقص تعریف کرده باشد و صاحب حق درچنین موردی حق خودرا بشکل ضداجتماعی بکار ببرد ازحق خودسوء استفاده نموده است (۱)

دراین تعریف هم عبارت « استعمال ضد اجتماعی حق» مطلب مبهمی است.

۵۰۲ ـ بنظر می رسد که سوء استفاده ازحق ازسه عنصر تشکیل می شود:

الف ـ اجراء حق شخصی . وجوداین عنصر است که « سوء استفاده از حق » را از « تقلب نسبت به ثالث » جدا می کند زیرا اجراء حق شخصی شرط حتمی تقلب به ثالث نیست مثل اینکه شریك الملك که ملك خودرا فروخته است اقرار می کند که سهم خودرا بمشتری بخشیده است و باین طریق حق شفعهٔ دیگری ساقط می شود . در اینمورد تقلب نسبت بثالث شده ولی اجراء حق شخصی نشده است در هرصورت Abus و Fraude ذاتا دو چیزند یعنی تباین دارند (بصورت تباین جزئی) معذالك در بعضی موارد عنوان سوء استفاده ازحق وعنوان تقلب نسبت بثالث جمع می شوندمانند مورد ماده ۲۱۸ قانون مدنی .

ب ـ اضرار بغیر بوسیلهٔ اجراء حق مزبور

ج ـ قصداضرار بغیر

دو عامل نخست، عنصر مادی « سوء استفاده ازحق» است و عامل سوم عنصر معنوی آن میباشد.

۱- Tout usage anti-sociale d'un droit imparfaitement défini par le législateur

۵۰۳ ـ مستفاد از قوانین مسئولیت مدنی دورهٔ دوم این است که مالك مال در صور ذیل بعلت سوء استفاده از حق، از تصرف در مال خود ممنوع است و در صورت تخلف علاوه بر مسئولیت مالی مسئولیت جزائی هم خواهد داشت:

الف ـ تصرف مالك در مال خود بطوری که از این تصرف بهره‌ای نبرد ولی به منظور اضرار بغیر آن تصرف را عملی نماید.

ب ـ تصرف مالك در مال خود بطوری که از این تصرف بهره ببرد ولی به منظور اضرار بغیر عمدا راهی را برای تصرف در ملك خود اختیار کند که موجب اضرار بغیر گردد با اینکه میتواند راهی دیگر را اختیار نماید که هم بمنظور خود برسد و هم موجب اضرار بغیر نشود (مقصود از اضرار در هر دو صورت بالا اعم است از زیان مالی و ایذاء و آزار غیر)

نتیجه ـ در موارد فوق، بعلت تحقق سوء استفاده از حق و ممنوع بودن آن، قاعدهٔ تسلیط معمول به نیست(۱)

۵۰۴ ـ ج ـ بعضی از تصرفات مالك در مال خود بدون استفاده و بدون سوء استفاده است این نوع تصرفات هرچند از اسباب مسئولیت جزائی (در دورهٔ دوم) محسوب نشده است ولی موجب مسئولیت مالی مالك بوده و مالك نمیتواند از قاعدهٔ تسلیط استفاده نماید زیرا شان مقنن خردمند این نیست که تصرفات بدون حاجت و اسراف آمیز و نابخردانه را بزیان سایرین تجویز کند (۲) مثلا مالك نمیتواند تصرف زائد برحاجت در مال خود نماید که مستلزم اضرار بغیر است هرچند که قصد اضرار بغیر را هم نداشته باشد.

۱ـ باتوجه بعبارت «رفع حاجت» در ماده ۱۳۲ قانون مدنی (در دورهٔ سوم) می‌توان گفت از نظر مقنن مدنی هر دو قسم سوءاستفاده از حق منع شده است و مادهٔ ۳۰ شامل آنها نمی‌شود.

۲ـ مستفاد از مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی (در دورهٔ سوم) نیز همین معنی است.

نکته ـ مدرك منع سوء استفاده از حق در ایندوره حدیث معروف «لاضرر ولاضرار» است که‌در آن، وضع‌طرفین دعوئی که یکطرف آن ازحق ارتفـاق خود سوء استفاده می‌نمود بخوبی بیان گردیده‌است.

حل تعارض اصل تسلیط ولاضرر

۵۰۵ ـ مستفاداز قاعدهٔ لاضرر، ممنوعیت سوءاستفاده ازحق‌است(۱) بنابراین هرجا که بحث‌سوءاستفاده ازحق‌مطرح‌نباشد قاعدهٔ‌تسلیط‌مجری است(جز مورد مطلب ۵۰۴) ولو اینکه اعمال حق مالك‌مستلزم اضرار غیر بوده باشد بنابراین‌هرگاه انتفاع مالك از مال خود (ونیز رفع‌ضرر مالك) بناچار مستلزم اضرار بمال‌غیر یا ایذاء آنان‌باشد مسئولیتی متوجه مالك نخواهد بود. ماده ۱۳۲ قانون‌مدنی دردورهٔ سوم هم همین راه حل‌را قبول نموده است نهایت‌اینکه همین‌مقدار از آزادی‌عمل‌مالك درملك‌خود گاهی موجب‌زحمات غیر متعارف سایرین میشود و این نوع مشکلات در زندگی اجتماعی بالطبع پیش می آید ورفع آن با اصول و ضوابط حقوق خصوصی امکان پذیر نیست(۲) بلکه‌فقط بامقررات‌اداری باید درهرمورد‌مناسب‌همان‌مورد راه‌حلی برای آن مقرر نمود چنانکه تألیفات ایندوره در امور حسبی مؤید همین نظراست یعنی متصدیان‌سیاست واداره مملکت (ولات) این گونه مشکلات را با دستور اداری حل

۱ـدرتألیفات این دوره برای قاعدهٔ‌لاضررمفهومی بمراتب‌وسیع‌تر ازاین درنظر گرفته شده است وبراساس همین مدلول وسیع حل‌تعارض مزبور دشوار گردیده است بطوریکه کتب متعدد درتفسیر قاعدهٔ لاضرر وحل‌تعارض مزبور پرداخته شد.

۲ ـ در برخی از تألیفات حقوقی این دوره که تحت تأثیر فکر حقوق عمومی مخصوصاً (حقوق‌اداری) روز قرار نگرفته است رعایت این‌طرز فکر نشده است بهمین جهت دراین نوع کتب اصراری بکار می‌رود که تمام مشکلات مزبور در خلال قواعد و اصول کلی حقوق خصوصی حل‌شود. بدیهی است که این مشکل باینترتیب حل نمی‌شود چنانکه نشد.

می کردند که از نظر قانونی این دستورات از اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت» بارعایت سلسله مراتب ناشی می شد چنانکه در کتاب معالم القربه می بینیم که مالداران که محمولاتی از قبیل بوتهٔ خار یا کود های حیوانی بد بو را حمل میکردند ملزم بودند که از معابر وسیع بگذرند و در صورتیکه راه وسیع وجود نداشت در ساعات معینی از شبانه روز از راههای کم وسعت عبور نمایند تا مزاحم سایرین نشوند بااینکه دستور مزبور مانع آزادی عبور ومرور آنان درمعابر عمومی بوده است ولی مصلحت عمومی مربوط بحفظ نظم اجتماع بمتصدیان امورمردم این حق را می داد که بااستفاده از صلاحیت اداری خود این ترتیب ونظائر آن را مقرردارند. این نوع مقررات، اختصاصی باموال عمومی وحقوق مربوط باموال عمومی نداشت بلکه شامل اموال اختصاصی هم می شد.

تقلب نسبت بقانون(۱)

۵۰۶ ـ عناصری که تقلب نسبت بقانون را تشکیل می دهد عبارت است از:

الف ـ ارتکاب یك عمل قانونی که بهیچوجه جنبهٔ صوری ندارد. این عنصر، تقلب نسبت بقانون را از« حیلهٔ قانونی» (۲) جدا می کند زیرا در مورد حیله همین عمل قانونی صورت میگیرد ولی کاملا جنبهٔ صوری دارد.

ب ـ قصد تقلب درارتکاب عمل قانونی مزبور .این قصد است که مرتکب را وادار باجراء عمل قانونی مزبور نموده وغرض از اجراء آن کاررسیدن بیك هدف غیر قانونی اس .مثال: شخصی تابع کشوری است که طلاق درقانون آن منع شده است وی برای انجام طلاق، تغییر تابعیت می دهد وتابعیت کشوری را قبول می کند

۱- Fraude à la loi

۲- Simulation

که طلاق در قانون آن مجاز است وپس از انجـام طلاق بتابعیت کشور خود باز میگردد .

۵۰۷ ـ **بیع شرط** ـ از جملهٔ موارد تقلب نسبت بقانون که در ایندوره سابقهٔ ممتد تاریخی دارد مسألهٔ بیع شرط است باین ترتیب که شخصی که میخواست پول قرض بگیر دور بح بدهد چون رباخواری در قوانین ایندوره جرم شناخته شده بود برای اینکه این جرم صورت نگیرد به بیع شرط متوسل می شد باین ترتیب که قرض گیرنده (مستقرض) پول را از قرض دهنده میگرفت و در مقابل آن مالی را بقرض دهنده می فروخت (و شرط خیار فسخ تامدت معینی برای خود قرار می داد) بطوری که در رأس موعد مقرر مبلغی را که بقرض گرفته رد نمی کرد بیع ،قطعی شده مال مزبور ملك منتقل الیه میشد، در ضمن برای اینکه ربح پول هم داده شده باشد صاحب پول (قرض دهنده) مال مستقرض را بخود او باجاره می داد و مال الاجاره ای که میگرفت در حقیقت جانشین ربح پول بوده و نظر اخذ ربح را تامین می نمود .چنانکه ملاحظه میشود بیع شرط مزبور یك عمل قانونی است که جنبهٔ صوری ندارد ولی غرض از انجام این عمل قانونی تقلب نسبت بقانونی است که رباخواری را جرم شمرده است، بطوری که اگر این قانون نبود بیع شرط صورت نمی گرفت بلکه فقط یك عقد قرض ساده واقع می شد که قرض دهنده پول بر بح میداد. ودر حقیقت این را نباید« کلاه قانونی !» گفت بلکه بهتر است که« کلاه برقانون ! » نامیده شود زیرا افراد هستند که گاهی سر قانون کلاه میگذارند والا هیچ مقنن عادلی سر مردم کلاه نمی گذارد.

حیلهٔ قانونی

۵۰۸ ـ عناصری که حیلهٔ قانونی را تشکیل می دهد دو چیز است:

الف ـ ارتکاب یك عمل قانونی که کاملا جنبهٔ صوری دارد.

ب ـ قصد تقلب در ارتکاب عمل قانونی مزبور

مثال: در همان مورد فرار از جرم رباخواری برای اینکه عوض و معوض از یك جنس نباشند یکی از طرفین معامله چیزی را که از جنس عوض یا معوض نبود ضمیمهٔ عوض یا معوض مینمود مثلا صد من گندم بضمیمهٔ یك عدد سیگار را می داد و دویست من گندم میگرفت و باین ترتیب بیع دو چیز متجانس (که موضوع رباست) ظاهراً صورت نمیگرفت(۱) بدیهی است ضم ضمیمه بیکی از عوضین بشکل بالا یك عمل حقوقی صوری است.

۵۰۹ ـ نکته ـ در اصطلاحات حقوقی این دوره دو عنوان «حیله» و« فرار از حرام بحلال » دیده میشود (۲) هریك از دو عنوان مزبور شامل مجموع دو اصطلاح مذکور فوق(شمارهٔ ۵۰۶_۵۰۸) میباشد.

شبیه عنوان «فرار از حرام بحلال» به عنوان «فرار از مقرارت» در مادهٔ ۱۹ « آئین نامهٔ تعدیل مال الاجارهٔ مستغلات » مصوب ۲۵ مهر ۱۳۲۴ دیده شده است. ماده ۱۹: کلیهٔ طرق مستقیم یا غیر مستقیمی که طرفین بمنظور فرار از مقررات این آئین نامه اتخاذ نمایند پس از اثبات بلااثر و باطل خواهد بود.

سابقهٔ تاریخی

۵۱۰ ـ در فقه عامه هم بحث فرار از حرام بحلال دیده می شود(۳) و عملا در

۱ـ .. الضمیمه علی الوجه المزبور من الجانبین اومن جانب واحد من الحیل الشرعیة للتخلص من الربا جاریة علی مقتضی الضوابط لیس فیها اثر للتعبد اصلا... مبناها انه بذلك یخرج عن صدق بیع المتجانسین متفاضلا لان اجزاء الثمن مقابلة باجزاء المثمن علی الاشاعه فلا تفاضل فی الجنس الواحد فی عقد البیع.

جواهر الکلام ـ بیع

۲ـ ... قلت له(ع) اشتری الف درهم و دینار بالفی درهم، فقال لا بأس بذلك. ان ابی(ع) کان اجری علی اهل المدینه معی و کان یقول هذا فیقولون له: انما هذا الفرار لو جاء رجل بدینار لم یعط الف درهم، و لو جاء بالف درهم لم یعط الف دینار.» وکان یقول(ع) لهم نعم الشیئی الفرار من الحرام الی الحلال.

جواهر الکلام ـ طلاق ـ صفحه ۳۳٤

۳ ـ حتی صاروا (ع) مورداً لاعتراض العامة فی استعمال بعضها،

مکاسب ـ صفحهٔ ۳۰۸

زمان سیطرهٔ آن، مردم متوجه گریزگاه قانون می‌شدند چنانکه فرمان غازان بشرح ذیل دراین باب صادر شد:

«چون غازان خان دانست که ربا دادن وانواع معاملات نامشروع متضمن اختلال حال
«جمهور است خاصة دراین روزگار که بیکبارگی پای از جادهٔ انصاف بیرون نهاده‌اند
«درشعبان ۶۹۸ حکم‌یرلیغ روانه فرموده که درتمامت ممالك هیچ آفریده ربا ندهدو
«نستاند ... بعضی اکابر که مجال داشتند میگفتند که طریق معاملات بکلی مسدود گردد،
«پادشاه فرمود که جهت آن می‌فرمائیم تاراه معاملات نامحمود مسدود گردد... این زمان
«بواسطهٔ آنکه هیچ آفریده زربسود نمی‌دهد تمامت‌خلل‌ها که واقع میشد مندفع گشت
«وانصاف میان‌مردم پیدا گشت ... و **بیشتر مردم بزراعت وبتجارت وپیشه های**
«**نافع مشغول شدند** وبدین واسطه کارعالم از نو نوائی وآیینی یافت وذوق اینحال
«اهل‌زمان دانند که آن‌مفسدتها رامشاهده کرده‌اند وکسانی که بعدازاین دروجود آیند
«وآنرا ندیده، فائدهٔ این‌حکم راچگونه تصور توانند کرد. دراین مدت که حکم بنفاذ
«پیوست بعضی‌مردم که ذوق‌ربا دردل ایشان مانده بود اجناسی‌چند، ببهای گران بقرض
«میدادند بحیلت آنکه معاملت‌وبیع است وصورت ربانیست وعاقبت‌الامر آن‌غریمان با
«دیوان میآمدند و تقریر می کردند که اجناس بر این موجب داده‌اند وزر می‌طلبند
«پادشاه درغضب رفت وفرمود اگرترك چنین‌حیل وتزویرات نگیرند فرمان فرمائیم تا
«هرآفریده که قرضی بستاند اصلارأس المال‌وربح بازندهد مردم رااگر زر هست چه
«لازم که بقرض‌دهند باید که املاك بخرند **وعمارت وزراعت وتجارت کنند.** مردم
«از آن هراسان گشتند و ربا کمتر شد و یقین حاصل که هرچه زودتر بکلی آن
«شیوه برافتد ...»

۵۱۱ ـ درفقه خاصه یك‌رشته نصوص بعنوان تجویز حیله‌وفرار ازحرام بحلال دیده شده‌که اغلب حقوقدانان این دوره بصحت آن معتقد وبرطبق آن‌عمل می‌نموده‌اند چنانکه درجواهر الکلام گفته‌است: قدعرفت‌مشروعیة الاحتیال فی‌التخلص من‌الربا نصاوفتوی، اذهو فرارمن الباطل الی‌الحق.

۵۱۲ـ الف ـ اکثر حقوقدانان این‌دوره بانظر موافق باین‌مسئله نگاه میکنند که دررأس آنان صاحب کتاب جامع الشتات بزرگترین فقیه دو قرن اخیر قرار گرفته است ودراین باب‌اشارات محققانهٔ مختص بخود دارد ونیز رسالهٔ جداگانه‌ای

در«معاملهٔ محاباتی بشرط قرض» و«قرض بشرط بیع خیاری» نوشته‌است (۱) معاملهٔ محاباتی بشرط قرض راکه یکی‌از طرق فرار ازحرام بحلال است (به‌پیروی از نظر مشهور) درست می‌داند مثل اینکه بایع اتومبیلی راکه ده هزار تومان میارزد به شصت‌وشش هزار تومان بفروشد ودراین بیع‌تعهد کندکه پنجاه‌هزار تومان‌بمشتری مزبور بمدت‌یك‌سال قرض بدهد، جهت‌این است‌که مانع صحت قرض ربوی، شرط نفعی‌است که درعقدقرض‌میشود ودرعقد قرض مزبور که بعدازعقدبیع محاباتی واقع می گرددشرط نفعی‌دیده‌نمی‌شود(۲) ولی‌اگرعقد قرضی بین دونفرصورت گیرد وقرض دهنده طرف‌خودرا متعهد بواقع ساختن‌یك‌معاملهٔ محاباتی بنفع خود (قرض دهنده) نماید این قرض‌ربوی‌است وباطل است.

۵۱۳ـ نکته ـ درمثال بالا دوجهت Fraude و Simulation جمع شده است زیرا:

اولاـ واقع ساختن بیع محاباتی یك‌عمل قانونی واقعی (غیر صوری) است بمنظور فرار از ربا . بنابراین تمام شرائط Fraude (مطلب شماره ۵۰۶) در آن وجود دارد.

ثانیاًـ بیع‌محاباتی رابصورت تعهداصلی، وقرض‌رابصورت تعهدتبعی درآوردن (برای فرار از عکس همین قضیه) یك عمل صوری محض وSimulation است وتمام شرائط آن (مطلب شمارهٔ ۵۰۸) رادارا میباشد.

۵۱۴ ـ تذنیب ـ حقوقدان مزبور بجهت کلیت و شمولی که برای «فـرار از حرام بحلال» قائل است درمورد دو شرط قدرت برتسلیم ومعلوم بودن مبیع (که از شرطهای درستی بیع‌است) باستنادنصوصی چندمعتقد به«حیله»شده وباوجودمجهول

۱ـ رجوع شود بکتاب غنائم‌الایام ـ صفحهٔ ۵۷۷

۲ـ غنائم‌الایام ـ صفحه ۵۸۱ ـ سطر ششم

بودن یا غیر مقدور التسلیم بودن قسمتی‌از مبیع، عقدبیع راصحیح دانسته است (۱) مثلا هر گاه انبار حاوی گندمی که وزنش معلوم‌نیست وجود داشته‌باشد مالك گندم می‌تواند آن‌را بدون توزین (مجهول المقدار) بفروشد باین ترتیب که یك‌من از آن راوزن کند وآنرا درقصد خود مبیع قراردهد وبقیه را ضمیمهٔ مبیع تلقی نماید وبه مشتری بگوید این‌یك من‌رابضمیمهٔ باقی گندم موجوده درانبار‌بهزار تومان‌فروختم ومشتری هم‌میگوید قبول کردم واین بیع ازنظروی درست است . و همچنین است بیع مبیعی که قسمتی از آن مقدورالتسلیم نیست.(۲)

۵۱۵ ـب‌ـ بعضی‌از موافقین نظر (حیله) موافق مشروط آن هستند واندکی در نظر مزبور تعدیل نموده‌اند که دررأس آنان فقیه فحل معروف صاحب حواهر ـ الکلام قرار دارد وی میگوید: هرعمل حقوقی که بااساس تشریع وتقنین یك‌قانون منافات داشته باشد محکوم ببطلان است (کل‌شیئی تضمن نقض‌غرض اصل مشروعیة

۱ـ مسألهٔ ضمیمه دراین‌جا مبتنی است برجواز حیلهٔ شرعی، وتصحیح حیلهٔ‌شرعیه بابی‌است معهود و طریقه‌ای است ثابت‌الاصل که انکار آن‌نمیتوان کرد.

جامع‌الشتات ـ صفحهٔ ۱۳٤

۲ـ بعضی‌از حقوقدان اخیر دورهٔ دوم درمورد مبیعی که قسمتی‌از آن مجهول‌باشد گفته‌اند اگر:

اولاـ بین‌جزء معلوم‌وجزء مجهول رابطهٔ تابع ومتبوع وجود داشته باشد مانند شرط ومشروط .

ثانیاًـ جزء معلوم متبوع باشد.

این بیع صحیح است (نه‌ازباب حیله) بلکه‌از این جهت که متبوع در واقع، مبیع است نه‌تابع، علیهذا بعلت معلوم بودن متبوع، معامله غرری نخواهد بود .

ولی بنظرما درست آنست که مجموع تـابع ومتبوع محرك ارادهٔ عاقد درانجام عقدمیباشند وچون این مجموع مجهول است نمیتوان باوجود این‌جهل، عقد غیر مغابنه‌ای (مانند بیع) را واقع ساخت ولی ایجاد عقد مغابنه‌ای مانند عقد صلح با وجود آن جهالت مانعی ندارد.

الحکم یحکم ببطلانه کما اوما الیه غیر واحد من الاساطین) وی براین مبنی می گوید، قوانین مالی برای نظم زندگی مردم و ادارهٔ امور آنـان مقرر شده و حیله در آنها ممنوع است (۱) وی حیلهٔ درمعاملات ربوی رامخالف باعلت تشریع آن ندانسته و آنرا تجویز نموده است (مطلب شمارهٔ ۵۰۸)

نکته

۵۱۶ـ ضابطه‌ای که صاحب جواهر دربالا ذکر نموده بسیار متین واستوار و غیرقابل تخصیص است زیرا اگر مقنن یک‌عمل حقوقی‌را برخلاف جهت علت تشریع قانون‌خود بپذیرد نقض غرض نموده است وخردمند چنین‌نکند، منع معاملات ربوی بـا شدتی که در ضمانت اجراء آن دیده می‌شود (بطلان‌معامله و مجازات معامل ومتعامل) دراقتصاد این‌دوره علت معلومی دارد و آن علت همان است که درفرمان غازان (مطلب شمارهٔ ۵۱۰) صریحاً وبحکم ضرورت زندگی روز منعکس شده است وشگفت آنکه همان‌علت عیناً درمتن یکی‌از احادیث باین شکل‌هست:

«هشام بن‌الحکم سأل اباعبدالله (ع) عن‌علة تحریم الربوا فقال: انه‌لو کان حلالا لترک الناس التجارات من البیع والشراء فحرم‌الله الربا لتنفرالناس من الحرام الی ـ التجارات من‌البیع والشراء فیبقی‌ذلک بینهم فی‌القرض(۲) یعنی‌هشام ازابوعبدالله(ع) «پرسید که علت منع ربا چیست گفت اگر ربا ممنوع نبود مردم تجارتها و نیازمندی «های عمومی رانرک می‌نمودند خداوند ربارا حرام‌نمود تامردم روبتجارت‌ها آورند

۱ـ لعل من ذلک مایتعاطاه بعض‌الناس فی‌هذه الازمنة من التخلص ممافی‌ذمته من الخمس والزکوة ببیع‌شیئی ذیقیمة ردیة بالف دینار من‌فقیر برضاه لیحتسب علیه مافی ذمته عن نفسه... مماهو مناف للمعلوم من الشارع من کون المراد بمشروعیة ذلک نظم العباد فی‌العاجل والاجل .. (جواهرالکلام ـ طلاق)

۲ـ حدائق ـ بیع ـ صفحه ۱۴۸

واینوضع در روابط مالی آنان (ازجمله قرض) برقرار باشد.

۵۱۷ـ ج ـ نظر بمراتب بالا معلوم است که بنابضابطه‌ای که صاحب جواهر بیان نموده حیله در معاملات ربوی نمیتواند مطابق قوانین ایندوره باشد بهمین جهت جمعی ازحقوقدانان بزرگ دوقرن اخیر تلویحاً وتصریحاً بطور کلی حیله‌را ردنموده‌اند که ازآنجمله‌است استادمحقق قمی(۱) ومولااحمداردبیلی، چنانکه درشرح ارشاد گوید:

وینبغی الاجتناب عن الحیل مهماامکن، واذا اضطر یستعمل ماینجیه عندالله و لاینظرالی الحیل؛ یعنی شایسته است که مسلمان ازحیله‌ها بپرهیزد بقدری که او را ازپیش می‌رود واگر ناچار گردد راهی‌رودکه مایهٔ رستگاری اونزد پروردگار باشد وبحیلتهانیاندیشد.(۲)

نکته

۵۱۸ـ بعضی ازحقوقدانان ایندوره نسبت باعمال حقوقی متضمن حیلهٔ قانونی وتقلب نسبت بقانون ایرادی باینصورت ذکر نموده‌اند: مرتکب این نوع اعمال حقوقی فاقد قصد(۳) آن عمل است اوفقط می‌خواهد ازعمل ممنوع فرار کند بنابراین معامله‌ای که فاقد قصد باشد باطل است. ظاهراً مادهٔ ۴۶۳ قانون مدنی برهمین اساس می گوید:

«اگر دربیع شرط معلوم شودکه قصدبایع حقیقت بیع نبوده‌است احکام بیع

۱ـ یظهرمن کلام بعض الاواخر القدح فی کثیر منها ومنهم استادنا المحقق العلامة ادام الله بقائه حیث کتب رسالة فی‌حرمة القرض بشرط المعاملة المحاباتیه و ذکر ما یستلزم حرمة المعاملة المحاباتیه بشرط القرض ایضا . ویلزمه‌حرمة سایرالحیل ویظهر هذاالمشی قبله من‌مولانا المحقق الاردبیلی..

غنائم‌الایام ـ صفحهٔ ۵۷۸

۲ـ حدائق ـ بیع صفحهٔ ۱۴۷

۳ـ Volonté

در آن مجری نخواهد بود!»

این ایراد رد شده‌است زیرا مثلا کسی که «بیع محاباتی به‌شرط قرض» میکند هرچند که ربح‌پول رامیگیرد ولی واقعاًقصد بیع‌را مینماید نهایت اینکه غرض او از انجام بیع رسیدن بیك هدف غیر قانونی(گرفتن ربح پول) است.

۵۱۹ ـ تبصره ـ وجود ماده ۴۶۳ و مادهٔ ۱۹ آئین نامهٔ تعدیل مال الاجارهٔ مستغلات (مطلب شمارهٔ ۵۰۹) حاکی از تمایل قانـون برمنع حیلهٔ قانونی وتقلب نسبت بقانون است ولی نه‌درحقوق دورهٔ سوم ونه درحقوق دورهٔ دوم این منع بـه صورت قانون معین‌درنیـامده ودر آراء وعقاید علماء حقوق‌هم دیده نشده است. بـه نظرما هر گاه‌غرض Motif ازیك‌عمل حقوقی انحراف ازمفاد یك‌قانون امری باشد باشد آن‌عمل حقوقی:

اولا متضمن حیلهٔ قانونی ویاتقلب نسبت بقانون است.

ثانیاً ـ آن عمل حقوقی بعلت اینکه مستلزم مخالفت بـاقانون امری است نافذ نمی‌باشد.

بااین ضابطه غوغای این بحث ازمیان برمیخیزد و حاجتی بوجود نص خاص قانون، دائربرمنع حیله وتقلب نسبت بقانون نیست.

۵۲۰ ـ بسیاری ازمؤلفان معاصر خارجی بحث «حیلهٔ قانـونی و تقلب نسبت بقانون» رابابحث «تقلب نسبت بثالث» مخلوط می کنند وحال اینکه این‌دو بحث از هم‌جدا است مثلاعقدبیع را که‌بمنظوراسقاط حق‌شفعهٔ‌شریك‌بصورت عقدصلح در آمده ازمصادیق حیلهٔ‌قانونی میشمارند وحال اینکه:

اولا ـ این مثال ازمصادیق تقلب (تقلب طرفین عقدصلح) نسبت بثالث (شریك الملك) است.

ثانیاً ـ همیشه صلح مزبور مستلزم تقلب نسبت به ثـالث نیست مثلا هر گاه

مشتری برای احتراز از اعمال حق‌شفعه، از حقوق حاصل از دو قاعدهٔ «کل‌مبیع تلف قبل قبضه فهومن مـال بایعه» (۱) و«التلف فی‌زمن خیارالمجلس والحیوان والشرط ممن لاخیارله» (۲) صرفنظر کند (چون این‌حقوق مختص بیع‌است) وعقد بیع رابـه صورت صلح درآورد چون ازمزایای بیع صرفنظر کرده بمنظور اینکه مزایای عقد صلح‌را بدست آورد نمیتوان گفت نسبت به ثالث تقلب کرده است. علت این است که ازقانون شفعه استفادهٔ امری بودن‌آن نمی‌شود و درصورت‌تردید درامری بودن وامری نبودن اصل آن‌است که امری نباشد.

۵۲۱ـ نکته‌ـ هرگاه‌زوجه خیاررا اززوج بارث‌ببرد وزوج قبل‌از فوت‌زمینی راخریده ومغبون شده وقبل از اعمال خیار غبن فوت نماید زوجه می‌تواند اعمال خیارغبن نموده وقیمت زمین‌را مسترد دارد واز قیمت مزبور ارث ببرد. این نه‌حیلهٔ قانونی است نه‌تقلب نسبت بقانون.

دربعضی ازموارد تقلب نسبت به‌ثالث میتوان ازمطالب۵۰۳ـ۵۰۴ برای‌ابطال عمل حقوقی حاوی‌تقلب استفاده نمود.

---

۱ ـ مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی

۲ـ مادهٔ ۴۵۳ قانون مدنی

فصل چهارم

مسئولیت

قسمت اول

مسئولیت ـ اقسام مسئولیت ـ تئوری‌های‌مسئولیت‌خارج ازقرارداد

الف ـ تعریف مسئولیت

ب ـ اقسام مسئولیت

ج ـ منشاء مسئولیت‌های مالی

د ـ تئوریهای مسئولیت مالی خارج ازقرارداد

تعریف مسئولیت

۵۲۲ـمسئولیت(۱) عبارت‌است‌ازتعهدیاالزامی که‌بدستورقانون‌برای‌رفع‌تجاوز متجاوز مقررشده‌است.هرگاه تجاوزازجنس تجاوزمالی باشد مسئولیت‌را«مسئولیت مالی » واگر تجاوز ازجنس تجاوز جزائی باشد مسئولیت را «مسئولیت جزائی یا کیفری » مینامند .

اقسام مسئولیت

۵۲۳ ـ مسئولیت درطبع خود از دوگونه بیرون نیست‌زیرااثر تجاوزدوگونه است :

الف ـ اثری که‌درطبع‌خود میتواندتقویم بپول شود، در این صورت‌مسئولیت متجاوز را مسئولیت مالی و تجاوز اورا تجاوز مالی گوئیم.

ب ـ اثری که‌در طبع خویش شایستهٔ تقویم‌بپول‌نباشد دراین‌صورت مسئولیت متجاوزرا «مسئولیت‌غیرمالی» یامسئولیت‌جزائی ، وتجاوز مزبوررا‌تجاوزغیرمالی یا تجاوز جزائی نامیم .

منشاء مسئولیت‌های‌مالی

۵۲۴ ـ مسئولیت های‌مالی‌ازسه‌منشاء حاصل میشوند:

الف ـ مسئولیت ناشی از قرارداد (۲) مـانند مسئولیت کسی که از اجراء

---

۱ Responsabilité

۲ـ Responsabilité contractuelle

قرارداد تخلف و یا درانجام آن تأخیر می کند.

ب ـ مسئولیت ناشی ازقانون مانند ضمان تلف مبیع قبل از قبض

ج ـ مسئولیت خارج از قرار داد، و آن اختصاص بموارد ایراد خسارت بمال دیگران وتصرف بدون مجوز درمال غیر دارد.

تئوریهای مسئولیت مالی خارج از قرارداد

۵۲۵ ـ این نظریه ها بر اثر پیشرفت فکرونوع تمدن گوناگون شده گاهی جنبهٔ Objectif وزمانی جنبهٔ Subjectif بخود گرفت، گاهی رنك فردی و گاهی صورت اجتماعی (۱) یافت. قابل بحث از نظر تاریخ حقوق ما سه نظریه است:

A ـ تئوری تقصیر (۲) ـ بموجب این نظر در خارج از قرارداد کسی بدون تقصیر، مسئولیت مالی نخواهدداشت. برای صدورحکم جبران خسارت، زیان دیده باید سه چیزرا اثبات نماید: اول ـ وجود خسارت. دوم ـ تقصیرطرف. قانونا کسی قابلیت دارد مقصرشناخته شود که: اولاـ عاقل و بالغ باشد بنابراین صغیر و دیوانه مسئولیت مالی ندارند ثانیاـ رعایت احتیاطهای لازم را نکرده باشدو گرنه مسئولیت مالی نخواهد داشت. سوم ـ رابطهٔ علیت بین تقصیر وخسارت وجود داشته باشد.

نقص این نظر دراثبات قسمت دوم (تقصیر) است چه بیشتر اثبات آن نتوان کردبهمین جهت زیان دیده برای گرفتن حق خود نمی تواند اقامهٔ دعوی نماید چه بعلت نداشتن دلیل براثبات تقصیر، محکوم می شود. توسعهٔ ماشینیسم وروابط ه های تجاری شگرف نقص این نظر را بخوبی آشکار ساخت.

۵۲۶ـ B ـ تئوری ریسك (۳) ـ بموجب این نظر هر کس از جهت اشتغال

---

۱ ـ تئوری تضمین اجتماعی یا Idée de la Garantie Colective یك صورت اجتماعی ازمسئولیت مالی خارج ازقرار داد است که اخیراً بوجود آمده است رجوع شود به کتاب «فرهنك حقوقی» باصطلاح «تئوری تضمین اجتماعی»

۲ـ Théorie de Faute

۳ـ Théorie de Risque

بکاری وضعی را در جامعه ایجاد کند که منشاء خطر برای دیگران باشد بمنظور این که نفعی از آن کار ببرد باید زیانهای ناشی از آن کار را هم برخود هموار سازد، بنابر این کارفرما مسئول حادثهٔ ناشی از کار کارگر است. مطابق این نظر برای گرفتن خسارت کافی است که زیان دیده ثابت نماید که زیان از فعالیت مدعی علیه براو وارد شده است.

۵۲۷ـ تبصره ـ ضابطهٔ معروف **من علیه الغرم فله الغنم** که مدلول حدیث معروف «الخراج بالضمان» است غیر از تئوری ریسك است و با آن بستگی ندارد چه مقصود از این ضابطه قاعده‌ای است بنام «قاعدهٔ تلازم ملك و نماء» و بر اساس این قاعده است که نمائات و منافع مبیع در بیع شرط متعلق بمشتری آن میباشد. این معنی به تئوری ریسك بستگی ندارد.

۵۲۸ـ نکته ـ تئوری ریسك بمعنی محدودتری هم بکار می رود که بنظر بعضی عین «نظریهٔ انتساب اضرار» است که اساس مسئولیتهای مالی خارج از قرارداد در این دوره (دورهٔ وسطی) می باشد.

۵۲۹ ـ C ـ نظریهٔ انتساب اضرار ـ بموجب این نظر بمحض اینکه کسی مرتکب عملی شود که عملا نسبت اضرار باو ممکن الانتساب باشد آن شخص مسئول است ولو اینکه عمل او ارادی نباشد مثلا اگر شخصی ناگهان حالت غش باو دست دهد و بر بساط ظرف فروشی بیافتد و مقداری از ظروف او شکسته شود باید قیمت ظروف را بدهد (همانطور که تلف شدن مال پس از تصرف غیرقانونی از روی جهل به موضوع، مانع مسئولیت مالی متصرف غیرقانونی نیست بهمان ترتیب، ارادی نبودن اتلاف، مانع مسئولیت نمی باشد)

بر این مبنی صغیر و دیوانه هم مسئولیت مالی دارند.

۵۳۰ ـ نکته ـ صدق انتساب اضرار بر عمل بلاواسطه و با واسطه یکسان نیست

درعمل با واسطه نوعی غفلت یا بی‌احتیاطی لازم است تا انتساب اضرار صدق نماید. همین امر موجب اشتباه جمعی از حقوق‌دانان شده می گویند (دردورهٔ دوم و سوم از تاریخ حقوق‌ما) بین اتلاف وتسبیب فرق است، اتلاف براساس تئوری ریسک (بمعنی محدود ـ مطلب شمارهٔ ۵۲۸) بنا شده یعنی عنصر معنوی تقصیر در آن معتبر نیست ولی در تسبیب عنصر معنوی تقصیر (که قدرمشترک غفلت وبی‌احتیاطی‌است) رعایت می‌شود(۱) با اینکه مقنن دورهٔ دوم ابداً توجهی بـه عنصر تقصیر ننموده بلکه صرف انتساب اضرار را موجب مسئولیت مالی شمرده است.

نتیجهٔ بحث این خواهد بود که در مورد تسبیب (مانند مورد اتلاف) متضرر مکلف باثبات تقصیر متجاوز مالی نیست بلکه بردادگاه است که بکمك ادله‌ومدارك و قرائن موجود درموضوع دعوی صدق انتساب اضرار را به متجاوز، احراز نموده و حکم به‌جبران خسارت بدهد.

نتیجه

۵۳۱ ـ اولا ـ لفظ «بدون‌عمد» در مادهٔ ۳۲۸ قانون مدنی کنونی شامل اعمال ارادی وغیرارادی(۲) که موجب اتلاف مال غیر گردد یا خسارت بمال دیگران وارد نماید می‌شود، ارادی بودن عمل، شرط مسئولیت نیست.

ثانیاً ـ مواد باب تسبیب (مادهٔ ۳۳۱ قانون مدنی کنونی) برپایهٔ تئوری تقصیر بنا نشده است وتاریخ حقوق ما در دورهٔ دوم گواه براین‌امر است.

---

۱ ـ ازمواد ۳۳۳ـ۳۳۴ قانون مدنی کنونی این‌مطلب معلوم است.

۲ـ عمل غیرارادی موجب اتلاف را باتوجه سابقهٔ حقوقی این مواد (مواد باب اتلاف) می‌توان موجب مسئولیت مالی تلقی‌نمود واگر از«تفسیر بسابقه» کـه نوعی از ازانواع تفسیر قانون است چشم بپوشیم میتوان ماده ۳۲۸ رابوجهی دیگر تفسیر نمود چنانکه درمطلب، شماره ۵۳۱ مکرر بآن‌اشاره میشود.

ثالثاً ـ در نصوص قانونی این دوره بحث اتلاف و تسبیب از یکدیگر جدا نشده‌است . بعدها بهمراه تحول‌های علم‌حقوق درهمین‌دوره این دو مبحث ازهم جدا شده‌است وتفکیك این دوبحث جنبهٔ تعلیمی دارد وکار تعلیم‌را آسان می کند .

۵۳۱ مکرر ـ رابعاً ـ عمل غیرارادی که موجب اتلاف می‌شود اگر عنوان غیرارادی بودن آن برمحکمه ثابت شود عدالت ، مقتضی عدم مسئولیت مالی فاعل آن عمل‌است چه اینطور عملی مانند حادثه‌های طبیعی‌است و نمی‌توان بصرف‌اینکه از آدمی صادرشده آنرا مایهٔ مسئولیت‌مالی فاعل آن عمل‌شمرد . بنابراین بهتراست که درمورد مادهٔ ۳۲۸ قانون مدنی کنونی از تفسیر بسابقه و تفسیرلفظی (که دراین مورد فقط بامنظورداشتن وسعت‌فراوان لفظ «بدون‌عمد» درآن‌ماده صورت‌می گیرد) خودداری شود ولفظ «بدون‌عمد» درمادهٔ مزبور طوری تفسیر گردد که فاعل عمل غیرارادی (بشرطاینکه غیرارادی‌بودن عمل‌خودرا در محکمه بثبوت برساند) مسئول محسوب‌نشود. این‌نوع تفسیر (با توجه باینکه اولا‌ـاصل برائت‌است . ثانیاً ـ قوانین مسئولیت درموقع شك باید تفسیر مضیق‌شود) کاملا میسراست چه میتوان‌گفت قدر متیقن از لفظ «بدون‌عمد» صوری‌است که درآن صور فاعل عمل‌غیرعمدی نتواندغیر ارادی‌بودن‌فعل‌خودرا در دادگاه بثبوت برساند. (۱)

۱ـ ترتیبی که دربالا ذکرشد مطابقت کامل بامدلول یکی‌از اصول «حقوق یك عنصری» (اصل جبران محرومیت وارده) دارد. رجوع شود بکتاب«اصول‌فلسفی حقوق» مطلب شماره ۱۵۸

قسمت دوم

ایراد خسارت بغیر

الف ـ طرق ایرادخسارت

ب ـ موارد مسئولیت مباشر

ج ـ موارد مسئولیت سبب

د ـ ضرر وعدم‌النفع

طرق ایراد خسارت

۵۳۲ـ ایراد خسارت بیکی ازطرق زیرواقع می‌شود :

الف ـ ایراد خسارت بغیربدون‌اینکه فاعل فعل موجب‌خسارت،فعل‌خودرا در ضمن اعمال حقی ازحقوق خود واقع‌ساخته‌باشد.

ب ـ ایراد خسارت بغیر درضمن اعمال حقی از حقوق خود و این سه‌صورت عمده‌داردچنانکه‌درمطلب شمارهٔ ۵۰۳ـ۵۰۴شرح آن گذشت.

مواردمسئولیت مباشر

۵۳۳ ـ گاهی عمل دویا چند نفر موجب وقوع خسارت در مال غیرمی‌شود در این‌صورت آنکه اقوی‌است (مباشر یا سبب) مسئول است و معنی‌اقوی بودن این است که به تشخیص عرف ، فعل موجب خسارت قابل انتساب باوباشد . مادهٔ ۳۳۲ قانون مدنی تحت تأثیرحقوق دورهٔدوم این مطلب‌رابخوبی بیان نموده‌است . معذلک

درحقوق دورهٔ دوم مؤلفان حقوق متعرض توضیح بیشتر شده معتقدند که هرگاه یکی از دو نفر موجب شود که نفر دوم موجب ایراد خسارت بثالث شود نفر اول (یعنی سبب) در مقابل ثالث مسئول نیست بلکه مباشر، مسئول ثالث است و سبب مسئول مباشر (مانند مورد اجراء قاعدهٔ «المغرور یرجع الی من غره») ولی این قاعده کلیت ندارد چه درمورد اکراه، شخص اکراه کننده با اینکه سبب است در مقابل ثالث مسئول است و مباشر مسئولیت مالی ندارد.

موارد مسئولیت سبب

۵۳۴ ـ مؤلفان حقوق این دوره می گویند هرجا که مباشر فاقدشعور باشد سبب مسئول است و هم چنین است درمواردی که مباشر قانوناً ملزم است که طبق نظر سبب رفتار کند مانند حاکم محکمه‌ای که باستناد شهادت کاذب (بدون علم بکذب او) رأی بدهد و از رأی او خسارتی متوجه محکوم علیه گردد، این نکته طبق مقررات اتلاف قانون مدنی کنونی نیز قابل اعمال است.

ضرر وعدم النفع

۵۳۵ ـ ضرر درحقوق این دوره شامل از دست دادن هرنوع مزیت مالی و غیرمالی موجود نسبت بیك زمان معین می‌شود بطوری که شامل نتیجهٔ تجاوز مالی و تجاوز جزائی می باشد. تعریفی از ضرر درقوانین این دوره (مانند قوانین دورهٔ سوم) دیده نشده است.

عده ای از مؤلفان این دوره (مانند مؤلف منیة الطالب تقریر میرزا حسین نائینی و مشارق الاحکام نراقی) صریحاً گفته‌اند: هرگاه مقتضی انتفاع از مال معینی کاملا وجود داشته باشد درچنین موردی بتشخیص عرف، عدم النفع هم ضرر است: «بل یعد عرفا عدم النفع بعد تمامیة المقتضی له من الضرر» (۱)

---

۱ ـ منیة الطالب ـ جلد دوم ـ صفحهٔ ۱۹۹

ولی اکثر تألیفات این دوره در تنقیح و تهذیب مباحث عدم‌النفع و ضرر نکوشیده و غالباً آنرا بسکوت برگزار نموده‌اند و همین سکوت را مقنن قانون مدنی کنونی در باب اتلاف و تسبیب بارث برده‌است(۱) تفسیر قضائی نیز از تاریخ تصویب قانون مدنی تاکنون نتوانست این نقیصه را رفع کند.

۵۳۶ـ قوانین مسئولیت مالی که در شرایط اقتصاد پیچیدهٔ دنیای امروز ساعت بساعت حساس‌تر میگردد مقنن را مجبور نموده که از ضرر تعریفی باین صورت در مادهٔ ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی بنماید: «ضرر ممکن است بواسطهٔ از بین رفتن مالی باشد یا بواسطهٔ فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده‌است.» با این تعریف فقط عدم‌النفع ناشی از عدم انجام تعهد مشمول عنوان ضرر در قانون دورهٔ سوم گردیده است ولی عدم‌النفع ناشی از تجاوزات مالی (مانند غصب و تصرف بدون مجوز قانونی مذکور در مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی و بعد) مشمول آن عنوان نشده‌است بلکه پرداخت قیمت یوم‌الاداء در مادهٔ ۳۱۲ قانون مدنی نشان می‌دهد که مقنن مدنی اساساً عدم‌النفع را ضرر نمی‌داند. توضیح اینکه هرگاه غاصب گوسفندی را غصب کند که در یوم‌العضب بیست تومان بهای آن است و سپس براثر ترقی نرخ، قیمت آن بصد و پنجاه تومان و در یوم‌التلف قیمت آن بصد تومان برسد و در یوم‌الاعواز به هشتاد تومان تنزل نماید و در یوم‌الاداء قیمت آن به پنج تومان برسد مطابق مادهٔ ۳۱۲ باید غاصب پنج تومان به مالك گوسفند بدهد! با اینکه ترقی نرخ مال عرفا منفعت مسلم محسوب است (مثل اینکه کسی که زمینی را متری صد تومان خریده به دوستش میگوید زمینم فعلا متری دویست تومان خریدار دارد یعنی متری صد تومان نفع بمن میدهد) و

۱ـ مالیت مال بزمان و مکان وقوع مال بستگی دارد بطوری که نسبت بزمان معین اگر قیمت مال تنزل کند ضرر (بمعنی اخص) است و اگر ترقی نماید نفع است بطور کلی نمائات و بهره‌های متوقع الحصول از یك مال نسبت بزمان معین، نفع محسوب است و منع مالك را از این نفع، اصطلاحاً عدم‌النفع گویند.

غاصب سبب عدم نفع مالک شده است معذلک مقنن مدنی این عدم النفع را ضرر نشمرده است. بهتر است که امثال مواد ۳۱۲ را در قانون مدنی خلاف قاعده تلقی نموده و تفسیر قضائی با توجه به مختصر سابقهٔ حقوقی (مبنی بر اینکه عدم النفع از نظر عرف مسلم و بعضی از فحول ضرر محسوب است اگر مقتضی کامل انتفاع وجود داشته باشد) مواد قانون مدنی (خواه مواد باب اتلاف و تسبیب و خواه مواد باب غصب) را بطرفی سوق دهد که مطلقاً عدم النفع ضرر محسوب شود و این نقیصهٔ قانونی مرتفع گردد مثلا درمورد تلف شدن مال قیمی که ازموارد سکوت قانون مدنی است نباید وحدت ملاک ازمادهٔ ۳۱۲ همان قانون که خلاف قاعده است اخذ نمود زیرا قیاس مورد سکوت برمورد خلاف قاعده مخالف اصول تفسیر قضائی است.

قسمت سوم

مسئولیت ناشی از قانون

الف ـ ضمان درک

ب ـ ضمان معاوضی

ضمان درک

۵۳۷ ـ این اصطلاح درحقوق این دوره بدو معنی ذیل بکار رفته است:

اول ـ هرگاه بعداز بیع تمام یاقسمتی ازمبیع مستحق للغیر درآید بایع مکلف است که ثمن را بمشتری ردنماید و ضامن ثمن میباشد اگر چه که طرفین عقد بیع تصریح بضمان نکرده باشند زیرا اقتضاء طبیعی (که قانون هم رعایت آنرا نموده

است) عقد معاوضی چنین است . ضمان درك باین معنی درمادهٔ ۳۹۰ ـ ۳۹۱ قانون مدنی کنونی بیان شده است .

۵۳۸ ـ دوم ـ هریك ازطرفین عقدبیع نسبت بمالی که بآنان منتقل شده ضامن (بضمان درك) می‌باشند باین معنی که اگر فسخ و انفساخی برعقد وارد شد و مال منتقل الیه قبل‌از آن تلف شده باشد شخصی که مال نزداو تلف شده باید عوض آن را (مثل ویاقیمت) بدهد.

۵۳۹ ـ ضمان درك باین معنی زمینهٔ اعمال خیاررا بعدازتلف یکی‌از عوضین درزمان‌خیار آماده می‌سازد یعنی‌تلف آن مانع اعمال خیار نیست. این معنی (یعنی اعمال خیار بعداز تلف یکی‌از عوضین) درقانون مدنی کنونی بسکوت برگزار شده است (هرچند که بعضی بوحدت ملاك مادهٔ ۲۸۶ استناد براین امر نموده‌اند ، ولی چون مدلول مادهٔ ۲۸۶ خلاف قاعده است بوحدت ملاك از آن نباید استناد نمود.

ضمان درك باین معنی درنصوص قانونی دورهٔ دوم دیده نشده ودر تألیفات حقوقی دلیلی قاطع برای آن ذکر نکرده‌اند.

ضمان‌معاوضی

۵۴۰ ـ ضمان معاوضی درحقوق این دوره دوقسم است :

اول ـ ضمان معاوضی قبل‌از قبض مبیع یا ثمن ـ این ضمان مستفاد ازنص «کل‌مبیع تلف‌قبل قبضه فهومن مال بایعه» می‌باشد که مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی کنونی آنرا متضمن‌است . نکتهٔ مهم دربارهٔ این ضمان این است که‌بااینکه‌تملك‌بصرف‌عقد حاصل می‌شود(درحقوق‌دورهٔ‌دوم‌وسوم) ومشتری‌بصرف‌عقد، مالك مبیع‌است برخلاف قاعدهٔ«تلازم ملك‌وتلف»(۱)ضمان تلف مبیع قبل‌ازقبض بعهدهٔ بایع گذاشته‌شده‌است.

---

(۱) باین ترتیب معلوم میشود تلف مبیع قبل از قبض . . . برخلاف قاعده است ولی همانطوریکه دربالا گفته‌شد ارتکاب این خلاف قاعده برای حفظ یك‌مصلحت اجتماعی لازم بوده است .

شده است.

بنظر ما درارتکاب این خلاف قاعده حفظ یك مصلحت اقتصادی و اجتماعی منظور بوده است باین معنی که فروشندگان اجناس واموال تاوقتی که مبیع دراختیار مشتری قرارنگرفته مسامحه درحفظ آن نکنند وضعف و فتور ازاین راه برروابط مالی مردم درخرید وفروش مستولی نگردد. بهمین علت تلف جزء مبیع ووصف مبیع نیز قبل ازقبض بعهده بایع است.

۵۴۱ ـ نکته ـ بمحض تلف مبیع (ونیز ثمن) قبل از قبض، عقدبیع منفسخ می‌شود، وهمچنین است تلف جزء مبیع (در موردی که بین اجزاء مبیع رابطهٔ «وحدت مطلوب» باشد) وتلف وصف مبیع که بعلت عدم قابلیت تقسیط ثمن براجزاء مزبورو بروصف وموصوف، عقدبیع اساساً منفسخ می‌شود.

راجع بتلف جزءمبیع ووصف مبیع درحقوق ایندوره نصی وجود ندارد دولی استنباط مؤلفان این دوره بر آن است که جزء تالف مبیع اگراز آنگونه اجزائی باشد که ثمن بر آن و برسایر اجزاء قابل تقسیط باشد قاعدهٔ «تلف مبیع قبل از قبض» فقط نسبت بجزء تالف اعمال می‌شود، ولی اگر جزء تالف از آنگونه اجزاء نباشد (ونیز وصف تالف) بعلت عدم قابلیت تقسیط ثمن، مشتری خیارفسخ خواهدداشت.

۵۴۲ ـ براین نظر دلیلی قاطع نیست ومتأسفانه قانون‌مدنی درمادهٔ ۳۸۸ نظر فوق‌را بوجه ناقص و بدون تفکیك صور مختلف مسئله پذیرفته است.

۵۴۳ـ نکته ـ هرگاه درعقد بیع قبل‌از قبض، وصول بمبیع (یاثمن) بطوردائم متعذر گردد عنوان تلف قبل از قبض واقع شده است. تلف قبل از قبض هرگاه مسبوق بتأخیر در تسلیم باشد بعلت صدق ید عدوانی احکام ضمان ید (ودر قانون مدنی کنونی احکام مادهٔ ۳۰۸ وبعد) اعمال می‌شود نه‌حکم «تلف مبیع قبل‌از قبض» زیرا حکم اخیر همانطور که درمطلب ۵۴۰ گفته شد خلاف قاعده است وباید در

قدر متیقن مورد خود بکار رود وحال اینکه مقررات ضمان‌ید (وماده‌ٔ ۳۰۸ قانون مدنی کنونی) جزو اصول عمومی قانون مدنی است که بالطبع اقتضاء شمول زیادی دارد، وبعبارت دیگر مقررات ضمان‌ید اصل‌است و احکام «ضمان معاوضی» احکام مخصوصی است که چون خلاف قواعد حقوقی است باید تفسیر مضیق‌شود.

مورد بالا ازمواد سکوت قانون مدنی دورهٔ‌سوم‌است.

۵۴۴ ـ پس‌از انفساخ عقدبیع بعلت تلف‌مبیع قبل‌از قبض، نمائات بین تاریخ عقد وتلف حسب‌القاعده باید ببایع ردشود چه‌قدر متیقن ازتوافق ارادهٔ متعاقدین‌این است که مبیع درمقابل ثمن مبادله شود و لازمهٔ این توافق اراده آن است که اگر بعلت تلف‌مبیع قبل‌از قبض، عقدبیع منفسخ شود مشتری فقط‌ثمن خودرا مسترددارد نه‌اینکه مالك مجانی نمائات مبیع‌هم بشود زیراتملك مجانی مال‌غیر برخلاف‌قواعد مسلم حقوقی این دوره محسوب شده است (لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل . .. و هیچ‌چیز باطل‌تر ازتملك‌مجانی مال دیگران نیست)

۵۴۵ ـ باوجود توجه بقدر متیقن مزبور نوبه باستصحاب بقاءعقد بیع‌منفسخ شده ازتاریخ عقدتاحین انفساخ نمی‌رسد تابتوان باتکاء این استصحاب، مشتری را پس ازانفساخ عقد بیع، مالك نمائات دانست ولی مؤلفان حقوق این دوره باین استصحاب استناد نموده‌اند. قانون مدنی دورهٔ سوم دراین باب ساکت است. خوب است که در تفسیر قضائی این مورد از «تفسیر بسابقه» خود داری شده و طبق مبانی مسلم حقوق (که درمطلب ۵۴۴ توضیح داده شد) رفتار شود.

۵۴۶ ـ چون «تلف مبیع قبل‌از قبض ...» خلاف قاعده‌است درمسائل مربوط به‌آن باید از آن تفسیر مضیق بعمل‌آید و براین اساس:

اولا ـ اگر مشتری بدون اذن بایع (در مواردی که اذن بایع شرط است) مبیع راقبض نماید وسپس تلف شود قاعدهٔ «تلف مبیع قبل‌از قبض...»جاری نیست.

ثانیاً- اگر مشتری شروع بقبض نماید وقبض بپایان نرسیده باشد قاعدهٔ مزبور اعمال نمی‌شود.

۵۴۷- **ضابطه** - ضمان معاوضی نزد مؤلفان حقوق این دوره حکم تلقی شده است نه حق، بنابراین ارادهٔ طرفین عقد براسقاط آن بدون اثر است.

بنظر ما چون دلیل کافی برامری بودن ضمان معاوضی (یا مدلول مواد ۳۸۷- ۴۵۳) در دست نیست طبق اصل مسلمی که تحقیق آن در حقوق یکعنصری (کتاب اصول فلسفی حقوق) نموده‌ایم (یعنی: اصل تفسیری بودن قانون) باید ضمان معاوضی راقانون غیرامری تلقی نمود.

۵۴۸ - نکته - مبنای نظر مؤلفان این دوره درمواردی که قرینهٔ کافی برحق بودن (یاغیر امری بودن) یاحکم بودن (امری بودن) مدلول یك قانون دردست نباشد استصحاب وضع حقوقئی است که قانون مزبور ناظر بآن وضع می باشد. نتیجهٔ اعمال استصحاب آنست که ارادهٔ متعاقدین درتغییر آن وضع بدون تأثیر باشد. بنظر ما این استصحاب درست نیست زیرا موضوع استصحاب بایدمحقق الوجود باشد ومطالب ذهنی قابل استصحاب نیست توضیح:

مدلول یك قانون ازقوانین موضوعه وقتی قانونیت دارد که یابصورت قانون امری باشد یابصورت قانون غیر امری و شق ثالث بین نفی و اثبات وجود ندارد بنابراین مدلول یك قانون باچشم پوشی ازدووصف امری بودن و غیرامری بودن یك مطلب ذهنی است که بهیچوجه وجود خارجی ندارد و نمی‌توان آنرا استصحاب نمود. از این نوع استصحاب در تألیفات حقوقی دو قرن اخیر ایندوره فراوان دیده میشود.

۵۴۹-ضمان معاوضی مستفاد از مادهٔ ۴۵۳ قانون مدنی دورهٔ کنونی نیز محکوم بحکم مطالب بالااست (مطلب ۵۴۷ _ ۵۴۸)

۵۵۰- دوم- ضمان معاوضی تلف مبیع (یاثمن) درزمان خیار مجلس وحیوان وشرط- عبارت معروف **التلف فی زمن الخیار ممن لاخیار له** دراین دوره ناظر باین

ضمان است. ضابطه این است که تلف مورد معامله (ثمن شخصی یامبیع شخصی) درزمان خیارشرط وخیارحیوان وخیارمجلس (راجع بخیارمجلس درحقوق ایندوره اختلاف نظر وجود دارد) موجب ضمان معاوضی کسی است که خیار ندارد.

حکم تلف وصف مورد معامله وتلف جزء مورد معامله مانند حکم تلف خود مورد معامله است مگر درصورت تلف جزء بشرط اینکه جزء تالف، عنوان تعدده طلوب داشته باشد که دراین صورت؛ عقد فقط نسبت بجزء تالف منفسخ میشود وثمن بهمان نسبت بر می گردد.

۵۵۱ـ این ضمان هم برخلاف قاعدهٔ « تلازم ملك و تلف » می باشد یعنی تلف ملك بحساب مالك دراین مورد گذاشته نمی شود.

نکته ـ نظر مشهور دربین مولفان این دوره آن است که ضمان مزبور راجع به خیارات مختص مشتری است ومی گویند «تلف المبیع فی زمن خیار المشتری من البایع» ولی قانون مدنی (مادهٔ ۴۵۳) این قول را نپذیرفته است.

۵۵۲ـ نسبت بتلف وصف، عقیدهٔ مولفان این دوره بر آن است که چون ثمن قابل تقسیط بر وصف و موصوف نیست و بنابراین انفساخ معامله نسبت بوصف تالف (ورد مقداری از ثمن) مقدور نمی باشد کسی که مبیع تالف الوصف نزد او است حق دارد معامله را باهمین وضع قبول نموده ویا بکلی آنرا رد کند.

ولی اشکال این است که آیا عدم امکان انفساخ عقد رانسبت بوصف باید دلیل انفساخ اصل عقد شمرد یا موجب حصول خیار . نصوص قوانین موضوعهٔ این دوره نظر اول را تأیید می کند و حصول حق خیار، دلیل قانونی لازم دارد و چنان دلیلی در دست نیست.

قسمت چهارم

تصرف غیر قانونی

الف- تعریف تصرف غیر قانونی
ب- اقسام تصرف غیر قانونی
ج- غصب
د- غصب حکمی

تعریف تصرف غیر قانونی

۵۵۳- تصرف‌غیرقانونی درمال‌غیر، تصرفی است که شخص‌بدون مجوزقانونی بنحوی ازانحاء درمال غیر می‌نماید وباین ترتیب سلطهٔ مالك را دفع یارفع می‌کند مثلا اگرشخصی مال‌دیگری راغصب نماید سلطهٔ مالك را ازمالش رفع‌نموده است و اگرمستعیرمال معیر را بدون‌رضای اونگهدارد سلطهٔ معیررااز‌مال اودفع‌نموده‌است وهم‌چنین است حالت شخصی که اعمال‌خیار نموده وهنوز مال‌رابصاحبش رد نکرده است.

موردتصرف غیرقانونی مال‌بمعنی‌اعم کلمه (که‌شامل حقوق‌مالی نیزشود)است. تصرف غیرقانونی اعم ازاین است که‌باجهل موضوعی باشد یا بدون جهل (درصورت اخیر عنوان این‌تصرف، غصب‌است.)مثلا کسی که‌مال غیررا بتصور اینکه مال خویش می‌باشد برمی‌دارد جاهل بموضوع است‌ومعذلك تصرف او درمال مزبور غیر قانونی است.

۵۵۴ـ از توضیح بالا معلوم می‌شود که تصرف غیرقانونی اعم از غصب است. منع مالك ازتصرف در مال خود کافی برای تحقق عنوان تصرف غیر قانونی نیست هرچند که این عمل تحت عنوان اتلاف منافع مال، موجب مسئولیت مدنی است(مادهٔ ۳۰۹ قانون مدنی). لازم نیست که متصرف غیرقانونی ازمالك بکلی سلب تصرف کند بلکه کافی است که تصرف غیرقانونی خودرا باتصرف مالك همراه و مشترك سازد یعنی با مالك، شریك درتصرف شود و بهمین مقدار عنوان تصرف غیرقانونی واقع می گردد.

مالکی که مال او مورد تصرف غیر قانونی قرار گرفته اگر قدرت جلوگیری داشته باشد وجلوگیری نکند بعلت تحقق تصرف غیر قانونی از مقررات مربوط بآن علیه متصرف استفاده می نماید.

۵۵۵ـ نکته ـ مال مورد تصرف غیر قانونی باید از اموالی باشد که قانون از مالکیت صاحب آن حمایت نماید.

این بود حدود وقیود تصرف غیرقانونی بمعنی اعم کلمه درقوانین دورهٔ دوم که درمادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی مامنعکس شده است:

اقسام تصرف غیرقانونی

۵۵۶ـ چنانکه معلوم شد تصرف غیرقانونی بمعنی اعم دوقسم است:

الف ـ غصب

ب ـ تصرف غیرقانونی بمعنی اخص که میتوان آنرا غصب حکمی نامید.

۵۵۷ـ **نکته** ـ مستفاد از مبانی مسلم حقوق خصوصی این است که هرگاه ارادهٔ عاقد معلول اشتباه او باشد آن اراده علیه صاحب آن الزام آور نیست بنابراین چنین عقدی علیه اشتباه کننده الزام نمی آورد و مالی که بحسب ظاهر ازاو بطرفش منتقل شده اگر مورد تصرف طرف قرار گیرد تصرف مزبور غیرقانونی است. این مطلب کمال سازگاری را بامقررات قوانین موضوعهٔ این دوره دارد چنانکه دریکی ازنصوص مربوط بخیار

عیب چنین گفته شده :

«ان کان الثوب قائما بعینه رده» (۱) واین می‌فهماند که اشتباه مشتری مبیع معیب، مانع از انتقال مبیع بوی بوده است بهمین جهت حکم برد مبیع داده شده است ولی معذلك مولفان این دوره معتقدند (۲) که:

اصل، الزام آور بودن ارادهٔ صوری (یعنی ارادهٔ ناشی از اشتباه) است علیهذا تصرف بایع مبیع معیب را در ثمن، تصرف غیر قانونی ندانسته‌اند وهم‌چنین است تصرف عاقد درمورد خیار تدلیس وخیار غبن وامثال آنها.

۵۵۸ـ نتیجه ـ حوزهٔ تصرف غیر قانونی در خارج از عقود صحیح است خواه اساسا عقدی وجود نداشته باشد یااینکه عقد وجود داشته ولی فاسد باشد.

غصب

۵۵۹ـ غصب تصرفی است غیر قانونی در مال غیر باعمد؛ عناصر سازندهٔ آن عبارت است از :

الف ـ تصرف

ب ـ مال غیر اعم از عین ومنفعت وحق اختصاص ومنقول وغیر منقول

ج ـ نبودن مجوز قانونی برای تصرف

د ـ علم متصرف باینکه مال مورد تصرف تعلق بدیگری دارد. اعمال زور (۳) وعلن شرط تحقق غصب نیست.

---

(۱) این نص مربوط بمعاملهٔ پارچه‌ای است که بعد از عقد بیع معلوم شد پارچه معیب بوده است.

(۲) وهمین عقیده درقانون مدنی ما منعکس شده است.

(۳) مقصود ازعدوان درماده ۳۰۸ قانون مدنی همان عنصر چهارم غصب است نه اعمال زور یا قهر وغلبه. عناصر چهارگانه بالا را از تعریف غصب (فقرهٔ اول مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی) می‌توان استخراج کرد.

غصب حکمی

۵۶۰ـ یاتصرف غیر قانونی بمعنی اخص کلمه (که در مقابل غصب بکار می‌رود) عبارت است از تصرف یا اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز قانونی و بدون عمد (خواه از روی غفلت و بی‌احتیاطی باشد خواه نه) فقرهٔ اخیر مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی ناظر به غصب حکمی است.

از نظر آثار مدنی بین غصب و غصب حکمی در دورهٔ دوم تفاوتی وجود دارد که بعد بآن اشاره می‌شود. این تفاوت در قانون مدنی دورهٔ سوم رعایت نشده است.

نکته ـ (ضمان ید)

۵۶۱ـ اصطلاح فقهی «ضمان ید» در این دوره شامل ضمان ناشی از غصب و ضمان ناشی از غصب حکمی است که مدرک عمدهٔ آن حدیث نبوی معروف **علی الید ما اخذت حتی تؤدیه** می‌باشد، بنابراین مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی آئینهٔ تمام نمای مدلول نص مزبور است که بابیانی روشن و زیبا درقانون مدنی و درقالب فارسی آورده شده‌است.

وبا وجود این ماده حاجتی بتدوین مادهٔ ۳۶۶ قانون مدنی نبوده زیرا مدلول مادهٔ ۳۰۸ شامل مدلول مادهٔ ۳۶۶ نیز می‌باشد چنانکه حدیث مذکور هم شامل حکم مقبوض بعقد فاسد (یا مدلول مادهٔ ۳۶۶) بوده است.

قسمت پنجم

احکام تصرف غیر قانونی

الف ـ اصل درضمان ید

ب ـ شرائط اساسی ضمان ید

ج- ضمان مقبوض بعقد فاسد

د- ضمان مقبوض بعقد غیر نافذ

هـ- ضمان تلف درزمان خیار

و- ضمان عاقد بعداز اعمال خیار

ز- ضمان مغرور

ح- ایادی متعاقبه

ط- ضمان عین

ی- ضمان تلف عین

ك- تعذر مثل

اصل درضمان ید

٥٦٢- در این دوره بموجب مدرك ضمان ید اصل این است که اثبات ید بر مال غیر بطور کلی موجب ضمان و مسئولیت است خواه این اثبات ید باعث دفع سلطهٔ مالك گردد یا موجب رفع آن شود مگر اینکه قرینه‌ای بر عدم ضمان وجود داشته یا مالك بطور روشن ازطرف، اسقاط ضمان نماید، یا اینکه قانون حکم برفع ضمان کند.

این اصل را مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی نیز در دورهٔ حاضر متکفل است (۱)

٥٦٣- **نتیجه-** اگر بایعی که مبیع معینی را مورد بیع قرار داده اشتباها بیشتر ازمقدار مبیع را دراختیار مشتری بگذارد و مشتری هم بدون توجه درهمهٔ آن تصرف نماید بموجب مدرك ضمان ید مسئول است بطوری که باید عین زائد را رد کند و در صورت تلف واتلاف باید مثل یاقیمت بدهد زیرا بایع ازمشتری نسبت بقدرزائد، رفع

---

(۱) باوجوداین ماده ومواد بعدی آن حاجتی بتدوین مواد ۳۰۱-۳۰۲-۳۰۳ قانون مدنی نبوده مضافا بر این، بین این سه ماده ومبانی موادغصب در بعضی موارد تناقضاتی هست که به بعضی از آنها در اثناء مطالب آینده اشاره خواهد شد.

ضمان نکرده است(۱) باتوجه بمدلول این نتیجه کیفیت شمول ضمان ید نسبت بمواردی که چندان صراحت ندارد آشکار میشود.

شرائط اساسی ضمان ید

۵۶۴ـ ضمان ید باهمه وسعتی که دارد مانند همهٔ مظاهر هستی نسبی است و دارای قیود و حدودی است که به سه قید مهم آن اشاره می شود:

اول ـ مدرک ضمان ید ناظر به روابط مالك و متصرف غیرقانونی است و توجهی بروابط بین متصرفین غیر قانونی ندارد زیرا اگر ناظر بروابط متصرفین غیرقانونی نیز باشد باید لاحق (درصورت وجود عین مال) بحکم «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» آنرا بصاحب ید سابق رد کند ولو اینکه بداند تصرف ید سابق غیر قانونی بوده است و این بالبداهة باطل است.

۵۶۵ ـ نتیجه ـ هرچند که به محض تلف شدن مال نزد ید لاحق، ذمه و دارائی ید سابق و ید لاحق، وثیقهٔ طلب مالك می شود و مالك می تواند بهریك از آن دو مراجعه نموده و حق خود را بخواهد ولی ید لاحق در مقابل ید سابق مسئولیتی ندارد یعنی اگر مالك، خسارت خود را از ید سابق بگیرد ید سابق نمیتواند از ید لاحق مطالبهٔ خساراتی را که پرداخته است نماید.

نکته ـ مولفان ایندوره عقیده دارند که درمورد مزبور ید سابق حق مطالبهٔ خسارت را از ید لاحق دارد و مدرك ضمان ید را ناظر بروابط متصرفین غیرقانونی نیز می دانند (۲) و حقوق دورهٔ سوم همین نظر را در طی مادهٔ ۳۱۸ قانون مدنی پذیرفته است.

---

(۱) چون این الزام ناشی ازقرار داد نیست بنابراین فقرهٔ اخیر مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی هم مقتضی ضمان مشتری درفرض بالا است.

(۲) و الدلیل علی ذلك اطلاق علی الید . . . بالنسبة الی الید اللاحقة، ای یشمل اطلاقه ضمان اللاحق قبل خروج السابق عن عهدة مال المالك و بعده.
منیة الطالب ـ جلد اول ـ صفحه ۳۰۵

۵۶۶ـ دوم ـ مدرك ضمان ید وسیلهٔ کسب وتمتع مالك مال مورد تصرف غیر قانونی نیست بلکه وسیلهٔ جلوگیری از زیانهای مالی مالك است. بنابراین قید (که بالبداهه علت وجودی وضع قانون «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» می باشد) در مواردی که تسلیم مال مورد تصرف غیرقانونی به مالك آن برای مدتی متعذر است (ولی امید امکان رد آن بمالك وجود دارد) ترقی نرخ وتنزل آن درصورتی (۱) بعهدهٔ متصرف غیر قانونی است که مقتضی انتفاع ازترقی نرخ (در مورد ترقی نرخ) یامقتضی جلوگیری ازضرر حاصل ازتنزل نرخ (درمورد تنزل نرخ) وجود داشته باشد (رجوع شود به مطلب شمارهٔ ۵۳۵ و بعد) در مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی دورهٔ سوم این شرط را بخوبی می توان رعایت نمود.

۵۶۷ـ سوم ـ مدرك ضمان ید موجب مسئولیت متصرف غیرقانونی درموردی است که مالك مال عرفاً علت تامهٔ حصول مال خود درید غیر نشود مثلا اگر تاجرورشکسته بعد ازتاریخ توقف معامله یاهبه ای کند واین مال نزد منتقل الیه تلف شود ومنتقل الیه در حین معامله یاهبه تا حین تلف، علم بتوقف تاجر نداشته باشد (۲) مسئولیتی متوجه منتقل الیه نیست زیرا منتقل الیه مغرور است ومستفاد از نص **المغرور یرجع الی من غره** این است که منتقل الیه مزبور درمقابل مالك مسئول نباشد.

---

(۱) در مؤلفات این دوره این شرط مورد بحث واقع نشده و فقط بعضی از مولفان بزرك قرن حاضر عقیده دارند که هرگاه مال متعذرالرد تلف شود متصرف غیر قانونی مسئول ترقی نرخ است (نه تنزل آن) ودر صورت عدم تلف ورد عین مال مزبور اساساً مسئولیت ندارد.

منیة الطالب ـ جلد اول ـ صفحه ۱۶۱

(۲) ماده ۵۵۷ قانون تجارت : کلیهٔ قراردادهائی که پس از تاریخ توقف تاجر منعقد شده باشد نسبت بهر کس حتی خود تاجر ورشکسته محکوم ببطلان است ـطرف قرار داد مجبور است که وجوه یااموالی راکه بموجب قرارداد باطل شده دریافت کرده است باشخاص ذیحق مسترددارد.

۵۶۸ـ نکته ـ در دورهٔ سوم هرچند مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی بحسب ظاهر بطور کلی اثبات ید بر مال غیر را موجب ضمان متصرف غیرقانونی میداند ولی اگر مدلول این ماده را با مدلول مادهٔ ۳۲۵ قانون مدنی (که مدلول حدیث نبوی «المغرور یرجع الی من غره» در آن منعکس است) بسنجیم میتوانیم از وسعت بی اندازهٔ مدلول مادهٔ ۳۰۸ بکاهیم و مادهٔ ۳۲۵ را مخصص مادهٔ ۳۰۸ درموردی قرار بدهیم که مالك مال، عرفا علت حصول مال خود در ید غیر گردد.

بهمان ترتیب که مادهٔ ۳۲۵ مخصص مادهٔ ۳۰۸ می باشد مخصص مادهٔ ۳۶۶ قانون مدنی هم محسوب است.

ضمان مقبوض بعقد فاسد

۵۶۹ـ هر گاه کسی باستناد عقد باطل مالی را از مالکش دریافت نماید و آن مال نزد وی تلف شود مسئول است. ماده ۳۶۶ قانون مدنی در دورهٔ سوم این نظر را اختیار نموده است و اگر این ماده نبود از مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی هم همین معنی قابل استخراج بود زیرا مدرك مدلول مادهٔ ۳۰۸ـ۳۶۶ در دورهٔ دوم یك چیز است و آن نص «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» است؛ البته نسبت بخصوص غاصب هم نصوص جداگانه‌ای در دست است(۱)

غالب مؤلفان ایندوره معتقدند که وضع ید بر مال غیر، موجب ضمان است مگر درعقد غیرمعوض باطل، وعبارت معروف **کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده** ناظر بهمین معنی است. در استدلال بر این نظر می گویند: نصوص راجع به عاریه وودیعه دلالت بر عدم ضمان امین (درمورد تلف مال) می کند اگر امین تعدی وتفریط نکرده باشد، درمورد عقد باطل اساساً صاحب مال از مرحلهٔ امانت هم یك قدم فراتر

---

(۱) این یکی از مواردی است که مطالعهٔ تاریخ حقوق موجب تنظیم دقیق ومناسب قوانین می باشد (مطلب شمارهٔ ۹)

رفته وضمن العقد اذن اتلاف مال موضوع عقد راهم بطرف داده است چه مال را باو تملك كرده است و تمليك مستلزم اذن درهر تصرفی است حتی در اتلاف ، بنابر - این وقتی که امین مسئول نباشد کسی که عقدباطل بنفع اواست مسلماً و بطریق اولی مسئول نیست .

۵۷۰- این دلیل علیل است زیرا در مورد تصرفات مالك دراموال، اصل احترام ارادهٔ مالك است مگر در موردی که قانون جلوی ارادهٔ افرادرا بگیرد. حکم قانون بفساد عقددرحقیقت نفی آثار حقوقی ارادهٔ عاقد است بنا بر این ارادهٔ عاقد کان لم یکن فرض شده است لذا ازنظر مقنن اذنی وجود ندارد تا دافع مسئولیت باشد پس بنا بمدلول علی الید ما اخذت.... در این مورد هم گیرندهٔ مال مسئول است.

۵۷۱- نکته - مادهٔ ۳۶۶ قانون مدنی هرچند نظر اخیر را پذیرفته است ولی وسعت مدلول آن مقصود نیست و همانطور که قبلا گفتیم مدلول آن محدود بمادهٔ ۳۲۵ می باشد یعنی مالك درطی عقدفاسد اگرسبب وعلت ایصال مال به منتقل الیه باشد مسئولیتی متوجه منتقل الیه نیست.

مقبوض بعقدغیر نافذ

۵۷۲- فرق عقدفاسد (یاعقدباطل) باعقدغیر نافذ این است که اولی قابل تصحیح نیست ولی دومی بعداز اجازهٔ متضرر از عقد دارای آثار حقوقی می باشدودرحقیقت میتوان گفت: عقد دوقسم است عقدباطل وعقد صحیح، عقدصحیح دوقسم است یکی عقدنافذ ودیگری عقدغیر نافذ. بنابراین عقدغیر نافذاز مصادیق عقدصحیح است یعنی ازنظر مقنن، یك موجود حقوقی است نهایت آنکه پس از پیوست اجازه، داری آثار عقد می شود.

۵۷۳ـ عنوان «عقد غیر نافذ» در نصوص قوانین این دوره (بعکس دورهٔ سوم) وجود ندارد و آنرا باید ازجملهٔ مفاهیم فقهی تلقی نمود ودر اصل تصور آن جای بحث است یعنی آیاامکان دارد که ماهیت عقد، محقق شود و درعین حال غیر نافذ باشد؟

۵۷۴ـ بحث کنونی این است که اگر شخص اکراه کننده مالی را درعقدا کراهی ازمالك گرفت و آن درنزد وی خود بخود تلف شد قبل ازینکه شخص مکره عقد را تنفید کند آیا حکم ماده ۳۶۶ قانون مدنی کنونی راباید رعایت نمود یعنی حکم مقبوض بعقد غیر نافذ مانند حکم مقبوض بعقد فاسد است؟

نصوص قانونی دورهٔ سوم به پیروی از نصوص قانونی و تالیفات فقهی دورهٔ دوم دراین مورد سکوت اختیار نموده وکسی متعرض این بحث نشده است. بنظر ما با توجه به « اصل ضمان ید » (مطلب شمارهٔ ۵۶۲) شخص اکراه کننده ضامن تلف ونقص عین ومنافع آن می باشد. این نظر باتوجه به وسعت مدلول «علی الید... درست است ولی عبارت «بدون مجوز...» در مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی دورهٔ سوم مانع قبول نظر مزبور درحقوق دورهٔ نامبرده می باشد واین ازنواقص آن ماده است مگر اینکه بگوئیم صحت عقد مکره، مجوز تصرف درمال اکراه شونده نیست باین وسیله رفع نقص مزبور می شود.

ضمان تلف درزمان خیار

۵۷۵ـ مقصود ازاین بحث بررسی مدلول قاعدهٔ معروف «التلف فی زمن الخیار ممن لاخیارله» (که اختصاص به خیار حیوان و خیار شرط و خیار مجلس دارد) نیست بلکه بحث درموردی است که شروط ومشخصات ذیل وجود داشته باشد:

اولا ـ من لاخیارله وجودنداشته باشد مثل اینکه هردو طرف عقد، خیار داشته باشند. و اگر من لاخیارله وجود دارد خیار طرف دیگر عقد از نـوع خیارشرط و

خیارحیوان و خیارمجلس (۱) نباشد مثل اینکه خیار غبن یا خیارعیب باشد.

ثانیاـ مورد معامله نزدمن علیه‌الخیار تلف شده باشد.

ثالثاـ تلف بعداز قبض باشد (۲)

رابعاـ تلف درزمان خیار واقع شود.

باوجود اجتماع این شرائط من علیه‌الخیار ضامن تلف مورد معامله بنفع ذوالخیار است اگرصاحب خیار اعمال خیار نماید.

علت ضمان من علیه‌الخیار این است که صاحب خیار با اینکه بوسیلهٔ عقد، مال خود را منتقل به طرف خود نموده معذلك ازراه قرار دادن خیار بنفع خود، مال منتقل عنه را متعلق حق عینی خود قرار داده‌است بنابراین من علیه‌الخیار چون وضع ید برمالی می کند که متعلق حق غیر است بموجب «علی الید ماالخذت حتی تؤدیه» مسئول صاحب خیار می باشد زیرا عنوان «ماالخذت» درنص مزبور اعم است ازاخذ مال غیر واخذ مالی که متعلق حق غیراست.

۵۷۶ـ نکته ـ بعضی ازمؤلفان این دوره اساساً عقیده بضمان مذکور ندارند وتلف مزبوررا موجب سقوط خیارمی‌دانند ولی غالب مؤلفان این دوره تلف موردمعامله را (چه نزد معامل تلف شود چه نزد متعامل) موجب سقوط خیار صاحب خیار ندانسته‌اند نهایت اینکه تلف مزبور را موجب ضمان درك (۳) می‌دانند نه ضمان ید باین معنی که هریك ازمتعاقدین راضامن مالی میدانند که باومنتقل شده‌است وضمان مزبور را اینطور معنی می کنند که هرگاه بعلت اعمال خیار یا اقاله، فسخ و انفساخ

۱ـ راجع بالحاق خیارمجلس بخیارشرط وحیوان بین فقهاء اختلاف نظر وجوددارد مادهٔ ۴۵۳ قانون مدنی خیارمجلس رادرحکم خیار شرط وخیار حیوان قرارداده‌است.

۲ ـ چه تلف مبیع قبل از قبض مشمول قاعدهٔ مخصوص کل مبیع تلف قبضه فهو من مال بایعه (ماده ۳۸۷ قانون مدنی) میباشد.

۳ ـ چنانکه درکتاب مستنبط گفته‌ایم ضمان درك باین معنی دراین دوره مدرك قانونی وعقلی ندارد.

حاصل شود ومال قبلاتلف شده باشد باید مثل یاقیمت آنرا رد نمود .

۵۷۷ـ **تبصره** ـ درحقوق دورهٔ سوم قانون نسبت بضمان مزبور ساکت است و معلوم نیست که با وجود سکوت قانون نسبت باین ضمان، تکلیف تلف مزبور در زمان خیار چیست، چون اگر دلیلی برضمان معاوضی مزبور باشد مجال برای اعمال خیار هست و گرنه مجال آن نیست. باوجود عبارت «بدون مجوز...» در مادهٔ ۳۰۸ نمی توان (به ضمان ید) من علیه الخیار را ضامن تلف مورد معامله (که نزد او تلف شده) دانست (۱) بنابراین ضمان ید علیه او وجود ندارد و بالنتیجه خیار ساقط میشود (۲)

ضمان عاقد بعداز اعمال خیار

۵۷۸ـ هر گاه صاحب خیار، اعمال خیار کند مال منتقل الیه که نزد او است امانت محسوب نمی شود بلکه وی ضامن (بضمان ید) است که آنرا بمالك اولی رد کند یعنی ضامن تلف و اتلاف آن می باشد. علت این است که من علیه الخیار هر چند که از جهت قبول خیار بنفع طرف خود، مقتضی سلطهٔ طرف را برمال خود (نسبت ببعد از فسخ عقد) ایجاد می کند ولی ایجاد این مقتضی دلالت ندارد که وی از من له الخیار (پس از اعمال خیار) اسقاط ضمان نموده باشد وهمانطور که درشرح «اصل ضمان ید» (مطلب شمارهٔ

۱ـ اگر فقرهٔ دوم مادهٔ ۳۰۸ به این شکل تنظیم میشد:
اثبات ید بر مال غیر بدون نفی ضمان نیز در حکم غصب است هم مشکل بالا حل می شد وهم مشکل مقبوض بعقد غیر نافذ (مطلب شماره ۵۷۲ و بعد) وهم رعایت مصلحت اجتماعی به احسن وجه شده بود. اینست که در ابتداء کتاب گفتیم مطالعهٔ تاریخ حقوق مارا در تنظیم قوانین بوجه انسب کمك میکند.

۲ـ علت این است که صاحب خیار در نظر دارد که وضع حقوقی قبل از عقد را تجدید کند یعنی هر یك از طرفین مالك مالی شوند که حین حدوث عقد مالك بوده اند بنابراین وقتی که مورد معامله نزد منتقل الیه تلف شود راه اعمال خیار بمنظور وصول بهدف مزبور مسدود است وجهتی برای اعمال آن وجود ندارد چونکه تلف مزبور قانونا (یعنی در قانون دوره سوم) بدل ندارد تا راه اعمال خیار بازشد.

٥٦٢) گفته شدصرف اثبات یدبرمال غیر بموجب « علی‌الید مااخذت ... » موحب ضمان است.

۵۷۹ـ **نکته**ـ تصور اینکه عنوان «اخذمال‌غیر» در این موردمحقق‌نشده‌است بنابراین جهتی ندارد که عاقد بعد از اعمال خیار ، ضامن مال مورد معامله باشد نا درست است زیرا لازم نیست که حین حدوث ید ، مال مورد تصرف ، متعلق بدیگری باشد بلکه کافی است که ید برمال دیگری‌ثابت ومستقر گردد ،و عنوان «اخذمال‌غیر» تأثیری در مسئولیت ندارد زیرا میدانیم گاهی اخذمال غیرازروی‌جهل بمالکیت مالك آن، موجب‌ضمان است بنابراین نمی‌توان برای عنوان «اخذمال‌غیر» اثرحقوقی قائل‌شدچه‌صاحب‌خیار در بسیاری ازاوقات می‌تواند فسخ‌عقدرا باردمبیع در آن واحد انجام دهد واگرچنین کاری‌نکند وقبلا فسخ را واقع سازد عمداً با این عمل، وضع یدبرمال غیر نموده است وبعید است که‌مقنن چنین‌کسی راضامن نشمرد ولی جاهل بمالکیت غیر راضامن بداند.

۵۸۰ـ تبصره‌ـ درحقوق دورهٔ سوم‌نصوص قانون‌راجع بضمان‌عاقدبعدازاعمال خیار ساکت است . میتوان باتوجه باستدلال فوق وسابقهٔ مزبور قسمت اخیر مادهٔ ۳۰۸ قانون‌مدنی راموجب‌ضمان عاقدبعداز اعمال خیار تلقی نمود.

ضمان مغرور و ضمان غرور

۵۸۱ـ هرگاه‌شخصی‌مالی راکه‌قانوناً ممنوع ازمعاملهٔ آن‌می‌باشد به‌دیگری منتقل‌کند بطوری‌که منتقل‌الیه ازغیر قانونی بودن تصرف‌طرف خود بی‌اطلاع باشد در این‌صورت منتقل‌الیه باید مال‌را بمالك‌رد کند واگر آن‌راتلف کند یانزداو‌تلف شود یاناقص گردد یانفعی از آن ببرد یانفع آن فوت گردد در تمام این صورت ها منتقل‌الیه در مقابل مالك مسئول است، ولی پس‌از پرداختن خسارت می‌تواند آنچه را که‌پرداخته از ناقل آن‌مال بخواهد . در این مورد ضمان ناقل آن مال را بنفع

منتقل‌الیه «ضمان‌غرور» گویند خود ناقل را غار (بتشدیدراء) ومنتقل‌الیه‌را مغرور (فریب خورده) نامند واین‌قاعدهٔ را «قاعدهٔ غرور » گفته‌اند و مسئولیت منتقل‌الیه را درمقابل مالك مال«ضمان مغرور» می‌نامیم.

۵۸۲ـ نکته ـ غراماتی که مالك‌مال می‌توانست از غاریا مغرور مطالبه نماید عبارت بود از:

الف ـ عوض‌مال (اعم از اینکه مال نزد مغرور تلف‌شده یا اینکه مغرور آنرا تلف‌کرده باشد)

ب ـ تفاوت قیمت واقعی مال‌حین‌المعامله‌وثمن‌المسمی

ج ـ ترقی قیمت مال(نسبت بقیمت واقعی مال‌حین‌المعامله)پس ازمعامله

د ـ قیمت منافع مستوفات

هـ ـ قیمت منافع غیر مستوفات (۱)

دردورهٔ سوم مباحث فوق رادرمادهٔ۳۲۵قانون‌مدنی‌میتوان ملاحظه‌نمود.

ایادی متعاقبه

۵۸۳ ـ یکی‌از مباحث مربوط‌به‌تصرف غیرقانونی‌بحث ایادی متعاقبه(یاتوارد ایادی) است این‌بحث ازدوجهت عمده مورد نظر قرار گرفته است :

اول ـ رابطهٔ مالك‌و صاحبان ایادی متعاقبه ـ خلاصهٔ بحث اینکه:اولا ـ تصرف غیرقانونی‌چندنفر بطورمتوالی‌نسبت‌بمال‌معین، همهٔ آنان‌رامسئول مالك‌می‌سازد،مالك می‌تواند عین مال، ودر صورت تلف یااتلاف ، عوض آنرا از هریك بستاند ولی اگر ازیکی ازآنان گرفت دیگر حق مطالبهٔ ازدیگران‌ندارد.ثانیاً ـ ذمه‌های‌ایادی‌متعاقبه قانوناً وثیقهٔ‌دین واحدی است‌که آن دین حق مالك است مالك نمی‌تواند ذمه هارا تقلیل دهد یازائل کند فقط میتواند حق خودرا اسقاط نماید نظر باین مطلب اگر مالك حق خودرا بیکی‌از ایادی‌متعاقبه منتقل کند این عمل مستلزم اسقاط حق

۱ـرجوع‌شود بمطلب شمارهٔ ۵۳۵ وبعد

اونسبت بجمیع خواهد بود چه اگر فرضا پنج ید متعاقب وجود داشته باشد پنج ذمه وثیقهٔ دین واحد می‌شود ومالك نمی‌تواند ذمه‌هارا تقلیل دهدولی حق خودرامیتواند ساقط کند علیهذا یدی که حق مالك باو منتقل شده برای وصول دین مورد انتقال ، حق مراجعه بسایرین راندارد وگرنه باید گفت تعداد پنج ذمه که وثیقهٔ قانونی دین بود تبدیل بچهار ذمه شده (زیرا معنی ندارد که ذمهٔ خود او که ذمهٔ پنجم است وثیقهٔ طلب خودش باشد) وچون تغییر ذمه‌ها دراختیار قـانون است نه در اختیـار مالك ، بنابراین نتیجهٔ قهری انتقال حق مالك بیکی ازایادی متعاقبه سقوط دین ازهمهٔ آن ایادی است.

۵۸۴ ـ نکته باوجود اینکه مطلب بالا بدیهی است مادهٔ ۳۲۱ قانون‌مدنی درشق اخیر خود بپیروی ازنظر مؤلفان حقوق دورهٔ دوم میگوید : «اگرحق خود را بیکی از آنان بنحوی ازانحاء انتقال دهد آنکس قائم‌مقام مالك می شودودارای همـان حقی خواهد بود که مالك دارا بوده است . » و این معنی را نمیتوان مستدل نمود.

۵۸۵ ـ دوم ـ رابطهٔ صاحبان ایادی متعاقبه بایکدیگر ـ این بحث ازدو نظر مورد مطالعه قرار گرفته است:

یك ـ روابط ایادی متعاقبه درموردی که بین آنها رابطهٔ غار ومغرورمی باشد این بحث را قبلا (مطلب شمارهٔ ۵۸۱) بیان کردیم.

دو ـ روابط ایادی متعاقبه درموردی که بین آنها رابطهٔ غار ومغرور نباشد. ازنظر بحث تاریخ حقوق مطلب قابلا بحث دراین باب نداریم جز آنچه که در مطلب شماره ۵۶۴ وبعد بیان شد.

ضمان عین

۵۸۶ ـ دراین قسمت (ومباحث مربوط بآن) مطـالب تألیفات این دوره هـرچه

محققانه‌تر می‌شود مضطرب‌تر می گردد واقوال و آراء گوناگون پدید می آیدبطوریکه فحول فقه به دشواری این مسائل اعتراف می کنند (۱) وبناچار همان اضطرابات برمواد باب غصب قانون مدنی کنونی مخصوصاً سه‌مادهٔ ۳۱۱ـ۳۱۲ـ۹۵۰ سایه‌انداخته است‌ونقش تاریخ حقوق دررفع این اضطرابات روشن می گردد. اصول مباحث‌دراین این مورد ازاین‌قرار است:

۵۸۷ ـ A ـ هر گاه عین مال مورد تصرف غیرقانونی تلف نشود ولی پس‌ازتاریخ تصرف غیرقانونی، نرخ آن‌دربازارمحل‌ترقی‌نموده‌ودرموقع‌ردعین‌مال‌تنزل کندمتصرف غیر قانونی، تفاوت نرخ روز تصرف وبالاترین نرخ مال‌را (تاروز ردعین‌مال) بایدبه مالك‌بدهد، زیراترقی‌قیمت‌مال‌عرفاجزومنافع مسلم است (۲) و منافع مزبور مشمول عنوان‌مال‌است‌ودر حدیث «علی الید مااخذت ...» عنوان «مااخذت» شامل‌منافع‌مزبور هم‌می‌شود زیرا اخذ منافع‌مال بتبع اخذ عین‌مال، مقدورو میسر است.

۵۸۸ ـ نکته ـ دردورهٔ‌دوم مؤلفان حقوق معتقدند‌که پس‌از رد عین مال مورد تصرف غیر قانونی، دیگر مسئولیتی ازبابت ترقی نرخ مال، متوجه متصرف‌غیرقانونی نمی‌باشد. چنانکه ملاحظه می‌شود این یکی از مـواردی است که عـدم‌النفع ضرر محسوب نشده است بااینکه اقتضاء نص قانونی «علی الید...» این‌بودکه دراین‌مورد حکم بضمان شود.

۵۸۹ ـ درحقوق دورهٔ سوم قضات‌بایدتفسیرقضائی‌رابطرفی‌سوق‌دهند که‌حکم بضمان متصرف غیر قانونی نسبت بمورد مزبور شود چه اولا ـ عبارت « اثبات‌ید

۱ـ کیف‌کان فالمسألة مشکلة والالتزام بآثار الاقوال اشکل.
منیة الطالب ـ جلداول صفحهٔ ۱۵۳

۲ـ از نظر عرف مقدار مالیت هرمال در زمان حال، بستگی بنرخ آن‌مال در بازار محل دارد بطوری که ترقی‌قیمت بعداز آنزمان، ازنظر عرف منفعت محسوب‌است مثلا میگویند این‌مالرا صدتومان خریدم وفعلا صد وپنجاه تومان می‌ارزد وپنجاه تومان نفع می‌دهد.

برمال غیر » درماده ۳۰۸ شامل نفع حاصل از ترقی نرخ مال مورد تصرف غیرقانونی نیز می باشد زیرا نفع مال هم مال است واثبات ید بر نفع مال بتبع اثبات ید بر خود مال کاملا شدنی است . ثانیا ـ بموجب مدلول مادهٔ ۳۰۳ دریافت (۱) مال بدون حق موجب ضمان عین ومنافع (۲) است وترقی نرخ هم از مصادیق منافع مال است. ثالثاً ـ درمادهٔ ۳۶۶ مقنن صریحاً حکم بضمان عین ومنفعت نموده است و بتنقیح مناط قطعی (وحدت ملاك) حکم این ماده شامل هر نوع اثبات ید بر مال غیر اعم از غصب و غیر غصب می شود و آن ماده اختصاص به مقبوض به بیع فاسد ندارد، چنانکه کلمهٔ منفعت در آن ماده شامل منافع مستوفات وغیر مستوفات می باشد بنابراین مواد ۳۰۳ ـ ۳۰۸ ـ ۳۶۶ مدارك تلف و اتلاف منافع مال مورد تصرف غیر قانونی در دورهٔ سوم محسوب می شود (۳)

۵۹۰ ـ B ـ هرگاه عین مال مورد تصرف غیرقانونی تلف نشود ولی دچار تنزل قیمت (نسبت بقیمت روز تصرف غیر قانونی) گردد باید علاوه بررد عین مال، تفاوت قیمت روز تصرف غیر قانونی وروز رد عین مال را هم بمالك بدهد.

مؤلفان حقوق دورهٔ دوم دراین مورد هم عقیده بدادن تفاوت قیمت مذکور ندارند ولی نص قانونی «علی الید . . . » بهمان دلیل که گفته شد برخلاف این عقیده است چنانکه مستفاد ازمواد ۳۰۳ ـ ۳۰۸ ـ ۳۶۶ لزوم پرداخت تفاوت قیمت مزبور می باشد چه مدلول دوماده ۳۰۳ ـ ۳۶۶ نسبت بتنزل نرخ (که عرفا ضرر محسوب است) بطریق اولی شمول خواهدداشت.

۱ـ باتنقیح مناط قطعی میتوان از حدود مفهوم کلمهٔ «دریافت» بحدود مفهوم لفظ «اثبات ید» درمادهٔ ۳۰۸ رسید.

۲ـ خواه منافع مستوفات باشد خواه نه

۳ ـ تعرض بحقوق دورهٔ سوم در این موارد از باب هدایت کسانی است که درموارد سکوت قانون، از «تفسیر بسابقه» (که یکی ازطرق تفسیر قضائی در حقوقهای جدید است) استفاده میکنند چه از خطرات تفسیر بسابقه سوق سکوت قانون بطرف مقرراتی است که خلاف مبانی ارزندهٔ علم حقوق ومخالف مصالح اجتماع است.

C-۵۹۱ -هر گاه‌عین‌مال مورد تصرف‌غیر قانونی‌موجود ولی رد آن بمالك بجهتی موقتا متعذر باشد حق عینی مالك نسبت بمال خود محفوظ است‌ومتصرف‌غیر قانونی علاوه براینکه مکلف است پس‌از پایان تعذر ردعین، آنرابمالك بدهد ضامن منافع مدت تعذر (اعم ازمنافع ناشی‌از ترقی نرخ عین مال یامنافع دیگر) نیزمی‌باشدنهایت اینکه نسبت بنفع ناشی ازترقی‌نرخ‌درهرحال‌مسئول است و نسبت‌بسایرمنافع بارعایت مقررات مربوط به‌عدم‌النفع (مطلب شمارهٔ ۵۳۵ وبعد)

۵۹۲_نکته_ اغلب مؤلفان حقوق این دوره عقیده دارند که اولا ـ متصرف‌غیر قانونی پس‌از پایان تعذر مکلف بردعین است . ثانیا ـ مسئول منافع مزبور نمی‌باشد ثالثاً ـ باید درمدت تعذر بدل مال مورد تصرف رابمالك بدهد تامالك از آن بهره ببرد واین بدل را «بدل حیلوله» نامند. بدل حیلوله درحقوق این دوره متکی بدلیل قانونی وعقلی نمی‌باشد.

۵۹۳ ـ نکته ـ شق اخیر مادهٔ ۳۱۱ را که می گوید: «اگر رد عین ممکن نباشد باید بدل آنرا بدهد.» هرچندکه میتوان طوری تفسیر نمودکه شامل بدل حیلوله بشود ولی مصلحت اجتماعی ورعایت اصول حقوق مربوط به‌مسئولیت مالی مقتضی‌انصراف‌ازاین‌تفسیراست.

توضیح : عدم امکان ردعین دوقسم است : عدم‌امکان موقت (تعذر موقت)وعدم امکان‌دائم.

بدلی که در مورد تعذر موقت داده می‌شود آیا بدل حیلوله است که یك بدل موقت است وپس‌از اخذ عین مال باید بدل حیلوله بصاحبش رد شود؟ ممکن است کسانی باشند که بعلت مشوب شدن ذهن آنان باسوابق تاریخی حقوق دورهٔ سوم پاسخ مثبت باین سوال بدهند بدون اینکه بدانند دچارچه اشکالات‌اساسی خواهند

شد (۱) ولی مصلحت اجتماعی و حفظ اصول حقوقی راجع بمسئولیت چنین اقتضاء دارد که یکی از دوراه‌حل ذیل‌را درمورد مادهٔ ۳۱۱ بپذیریم:

یك ـ اساساً شق‌اخیر مادهٔ ۳۱۱ ناظر بتعذر دائمی ردعین مال است بنابراین بدلی که داده می‌شود (در مثلی‌مثل و در قیمی قیمت) بدل دائمی آن‌است نه‌بدل حیلوله. علیهذا درمورد تعذر موقت قانون مدنی ساکت است وحکم آن رابایداز عمومات‌قانون استفاده‌نمود که‌چگونگی آنرا درمطلب شماره ۵۹۱ بیان نمودیم.

دو ـ اگر عبارت «رد عین ممکن نباشد» را (درمادهٔ ۳۱۱) اعم ازتعذرموقت وتعذر دائم بدانیم باید بگوئیم بنابظاهر عبارت «باید بدل آنرا بدهد» بدلی که‌داده می‌شود بدل دائمی‌است چه‌برای تعذر موقت باشد چه‌برای تعذر دائم والا (یعنی اگر مقنن نظری ببدل موقت داشت) می باید تفصیل و تفکیکی بین بدل در مورد تعذر دائم وبدل درمور تعذر موقت بیان‌کرده باشد وهمین سکوت درمقام بیان بهترین دلیلی است که وجود حقوقی بدل حیلوله راطرد می کند.

۵۹۴ ـ نکته ـ قانونی مدنی دورهٔ سوم راجع بضمان منافع در ما نحن‌فیه ساکت است ولی بنظر مامستفاد ازمواد ۳۰۳ ـ ۳۰۸ ـ ۳۶۶ حکم بضمان منافع است، وهم‌چنین است اگر درمدت تعذر، نرخ مال مورد تصرف‌غیر قانونی نسبت‌بروز

۱ـ اولا ـ اگر متصرف غیر قانونی مکلف بدادن بدل‌حیلوله باشد شخص واحد در آن‌واحد دارای دو ضمان خواهد بود یکی ضمان ردعین و دیگری ضمان تسلیم بدل حیلوله.

ثانیاً ـ دادن بدل‌حیلوله در بعضی موارد ایجاداشکال میکند مثلاشخصی که‌اتومبیل سواری دیگری را بدون مجوز متصرف شده و بعدأردآن موقتاً متعذر گردیده اگر اتومبیلی ازهمان نوع دراختیار مالك بعنوان بدل‌حیلوله بگذارد معلوم نیست که مالك مال‌مورد تصرف غیرقانونی اتومبیل خودرا چه‌مقدار وبچه کیفیت مورد استعمال وبهره برداری قرار میداده که بهمان اندازه از بدل حیلوله استفاده کند وافراط ننماید، وهم‌چنین‌است‌وضع اشیائی که‌سریع‌الاستهلاك‌هستندمانندفرش و لباس وغیره. بهرحال‌اشکالات عملی بدل‌حیلوله بیشتر از آنست که برروی کتاب تصور می‌شود.

تصرف غیرقانونی تنزل نماید.

۵۹۵ ـ D ـ درمورد تعذر موقت مالك‌حق مطالبهٔ قیمت را داردومیتواند از مطالبهٔ مثل صرفنظر نماید وطرف اومکلف بقبول‌است‌ولی صرف مطالبهٔ قیمت، مستلزم تبدیل، مسئولیت رد عین بمسئولیت رد قیمت نیست. موقعی این تبدیل محقق می‌شود که‌عملاً قیمت، تسلیم مالك شود.

ضمان تلف‌عین

۵۹۶ ـ این ضمان هم دراین دوره دارای مباحث، مختلف و مضطرب است که آثار آن اضطراب در مواد ۳۱۱ ـ ۳۱۲ ـ ۹۵۰ دیده می‌شود چنانکه‌ذیلامشاهده می‌کنید:

۵۹۷ ـ A ـ بااینکه درنصوص قانونی این دوره بحثی ازضمان تلف عین‌مثلی به‌مثل و ضمان تلف عین قیمی به‌قیمت دیده نمی‌شوداغلب مؤلفان این دوره‌معتقدند که هرگاه مال تالف مثلی باشد باید مثل مال رابه‌مالك بدهد واگر قیمی باشدباید قیمت آنرا بدهد. براین نظر دلیلی که‌بیشتر قابل اعتماد است این است که: مستفاد ازظاهر «علی‌الید ...» باتوجه بتشخیص وتفاهم عرف این است که درمثلی مثل و در قیمی قیمت داده شود چه‌فقط دراین وضع است که‌عرفاً گفته می‌شودبدل مال‌تالف اداء شده است.

اشکال قضیه دراصالت احراز عرف مزبور است چه‌معمولا احراز آن‌نه‌متکی به آمار است ونه باتفاق نظر حقوقدانان، هر کس بسلیقهٔ خود در اطاق مسقفی آنرا احراز می‌کند؛ درچنین وضعی معلوم است که ارزش آن چیست.

۵۹۸ ـ قانونی مدنی هم درمادهٔ ۳۱۱ متأسفانه این نظررا اختیار نموده است بااینکه عملکرد مردم‌امروز(وشاید مردم دیروز هم) این‌است که بدادن‌قیمت راضی می‌شوند وفرقی بین مثل‌و قیمت نمی گذارند وچقدر مناسب است که اذهان مشوب

بسوابق تاریخی درمورد عبارت «مثل یاقیمت» کلمهٔ «یا» راحمل بر تسویه نمایند تاقانون رابرعرف سهل منطبق سازند.

۵۹۹ - B - مثل دراصطلات حقوقی این دوره دومعنی دارد:

الف - مثل عرفی - هردو چیز که دارای ماهیت مشترك وقیمت واحدباشند مثل عرفی یکدیگرند مانند دوجلد کتاب شاهنامه که از حیث قیمت برابر باشند. لازم نیست اشباه و نظائر مثل عرفی زیاد باشد بهمین جهت است که مادهٔ ۹۵۰ قانون مدنی بعداز تعریف مثلی وقیمی وتصریح باینکه: «مثلی مالی است که اشباه ونظائر آن زیاد باشد» می گوید: «معذلك تشخیص این معنی باعرف است» یعنی ممکن است درموردی که اشباه ونظائر کم باشد مثلی صدق کند.

۶۰۰ - نکته - در این دوره فقط صاحب کتاب جامع الشتات معتقد بمثل عرفی است ودیگران آنراخلاف اجماع میدانند. مادهٔ ۹۵۰ قانون مدنی ظاهراًمثل عرفی راقبول نموده است.

۶۰۱ - ب - مثل اصطلاحی - تعریفات متعددی از آن در تالیفات این دوره دیده شده که همهٔ آنها تقریبی است استاد فقهاء متاخر میرزا حسین نائینی مفاداً می گوید: قدر متیقن از مثلی مالی است که دارای خصوصیات ذیل باشد:

اولا - صفات و آثارطبیعی آنها مساوی بایکدیگر باشد. ولی مصنوعات بشری بطور کلی قیمی است.

ثانیا - تاثیر هوا موجب فساد آن نشود بنابراین سبزیجات وامثال آنها قیمی است.

ثالثا - امثال مال مزبور فراوان باشد این فراوانی ممکن است درحین تلف عین مال مورد تصرف غیرقانونی وجودنداشته باشد(۱) بلکه قبل از تلف، فراوان بوده ودرحین تلف

---

۱ - تعذر ردمثل مال رادراین صورت اصطلاحاً تعذر ابتدائی (درمقابل تعذرطاری) گویند.

گمیاب شود این مطلب موجب نمی شود که مال از مثلی بودن ساقط شده و قیمی شود. بعضی ازحقوقدانان چنین مالی راقیمی می دانند.

فراوانی مثل مال تالف رانسبت بمکان تلف (واما کنی که عادتا از آنجا مثل را به‌مکان تلف حمل می کنند) منظور می کنند.

رابعا ـ همانندی صفات موجب برابری قیمت های آنها باشد.

مسلما ماده ۹۵۰ قانون مدنی ناظر به‌مثلی بمعنی فوق نمی باشد.

۶۰۲ ـ C ـ درحقوق این دوره که پس از تلف عین مال مورد تصرف غیر قانونی درمورد مثلی مثل ودر مورد قیمی قیمت باید داد درمورد مصداق مشتبه بین مثلی و قیمی قول مشهور این است که متصرف غیر قانونی مختـار است که مثل یاقیمت را بدهد.

صرفنظر ازدلیلی که براین امر آورده‌اند همانطوری که سابقا (مطلب شماره ۵۹۷ وبعد) گفتیم عملکرد وعرف همین رسم رامی‌پسندد، قانون مدنی دراین مورد ساکت است وخوب است دراین مورد بعرف مزبور یابسابقهٔ مذکور (که قول مشهور هم هست) توجه شود.

۶۰۳ ـ D ـ ضمان تلف عین قیمی ـ دراین دوره (مانند دورهٔ سوم) اگر عین مال مورد تصرف قیمی بوده وتلف شود باید قیمت آن بمـالك داده شود ولی قیمت مال از روز تصرف غیر قانونی (اصطلاحاً یوم الغصب نامیده می‌شود) تاروز پرداخت خسارت (اصطلاحاً یوم الدفع، یوم الرد، یوم الاداء نامیده می شود) نوسان هـائی پیدا میکند. دراین مورد پنج نظر متفاوت وجود دارد قول مشهور این است که قیمت روز تلف مال باید بمالك داده شود خواه این قیمت برابر قیمت یوم الغصب باشد خواه بیشتر خواه کمتر. مدرك این نظر یك سلسله نصوص مربوط بباب اتلاف است که ربطـی

بموضوع مانحن فیه (باب‌تلف) ندارد(۱) مضافاً براینکه اسقاط تنزل وترقی نرخ‌مال تالف (نسبت بنرخ یوم‌الغصب) مخالف مدلول «علی‌الید ...» می‌باشد.

۶۰۴ ـ نکته ـ قانون مدنی در دورهٔ سوم نسبت باین مطلب ساکت است بنابراین‌جا دارد که اذهان مشوب بسوابق تاریخی ازپیروی قول مزبور خودداری نموده و راه حل ذیل را که مطابق باعمومات حقوق و قواعد مسلم است اختیار کنند:

در مورد عین مال تالف قیمی باید متصرف غیر قانونی قیمت یوم‌الغصب را به مالك بدهد زیرا مالیت هرمال بنرخ روز ومکان وقوع‌مال‌معین‌می‌شود، مقدارمالیت مال مورد تجاوز درروز تجاوز بستگی بنرخ همان روز دارد اگر از یوم‌الغصب تا یوم‌التلف، مال مورد تصرف غیر قانونی ازنظر قیمت ترقیاتی کرده باشد باید تفاوت بالاترین قیمت صعودی وقیمت یوم‌الغصب راهم بمالك بدهد زیرااین تفاوت نفع آن مال‌است وباید بمالك داده شود.

۶۰۵ ـ نکته ـ ازمزایای‌راه‌حل‌بالاعدم‌خلط‌بین‌ضمان‌تلف‌عین مال‌وضمان‌منافع است و این خلط بحث در بسیاری از راه حلها که در این باره آورده‌اند دیده میشود.

تعذر مثل

۶۰۶ ـ شرط حصول تعذر ردمثل آن است که‌حقیقةً‌یاحکماً‌مثل‌مال تالف‌در خارج وجود نداشته باشد. مقصود ازنبودن حکمی مثل مال تالف درخارج آنست که‌مثل مزبور بااینکه درخارج هست ولی بقدری کم است که ازجریان معاملات

---

۱ ـ ممکن است گفته‌شود ضمان‌متصرف غیرقانونی مادام که عین‌باقی است مربوط بردعین‌است‌و پس‌از تلف‌مربوط بردقیمت است پس‌باید قیمت یوم‌التلف داده‌شود. ولی‌این گفتارصواب نیست‌زیراچه‌دلیل‌تنزل‌و ترقی نرخ (نسبت بقیمت یوم‌الغصب) نادیده گرفته‌میشود.

خارج شده واحیانا نزد بعضی اشخاص یافت میشود که ندرتاً آنرا در مقابل قیمت گزاف بمعرض معامله می گذارند.

درمورد شك درحصول تعذر رد مثل باستصحاب لزوم تأدیهٔ مثل استناد می‌شود.

۶۰۷ ـ A ـ تعذر دائم رد مثل ـ ممکن است رد مثل دائماً متعذر شود در این مورد درحقوق این دوره دوعقیدهٔ مختلف وجود دارد بعضی معتقدند که به‌محض تعذر، مسئولیت رد مثل منقلب به‌مسئولیت رد قیمت می‌شود، بعضی می گویند تعذر موجب انقلاب مثل بقیمت نمی‌شود بنابراین متصرف غیر قانونی باید قیمت یوم‌الاداء مثل رابدهد. مادهٔ ۳۱۲ همین نظررا اختیار نموده‌است.

۶۰۸ ـ B ـ تعذر موقت رد مثل ـ در این دوره نسبت باین قسم تعذر همان دوعقیدهٔ فوق وجود دارد وظاهر مادهٔ ۳۱۲ هم‌چنین اقتضاء دارد ولی درست این‌است که گفته شود درمورد تعذر موقت رد مثل مالك می‌تواند صبر کند تاتعذراز بین برود ومثل رابگیرد ونیز میتواند بجای مثل قیمت بگیرد ودر اینصورت باید قیمت مثل درروز تلف عین مال (واشتغال ذمه بردمثل) بضمیمهٔ تفاوت قیمت بین آن روز وروز مطالبهٔ مثل (اگر ترقی کرده باشد) رابمالك بدهد، بهتراست که ماده ۳۱۲ راه‌خصوص صورت A نموده وقانون نسبت به‌صورت B ساکت تلقی شود تامجالی برای استنادباصول مسلم حقوقی درمورد B پدید آید.

قسمت ششم

غصب

الف ـ مقدمه

ب ـ ماهیت جزائی غصب

ج ـ فرق اثر حقوقی غصب و غصب حکمی

مقدمه

۶۰۹ ـ درمورد تجاوز بمال غیر اگر بحث اتلاف بمعنی اعم (که شامل تسبیب هم می‌شود) مطرح نباشد طبعا بحث تصرف بدون مجوز مال غیر منظور می‌باشد که تعریف آنرا درمطلب ۵۵۳ دیدید ودانستید که تصرف غیرقانونی درمال غیر دوقسم است یکی غصب و دیگری غصب حکمی (یاتصرف غیر قانونی بمعنی اخص که قسیم غصب است)

درحقوق این دوره مؤلفان حقوق همهٔ مباحث مربوط بتصرف غیرقانونی (بمعنی اعم) راتحت عنوان غصب مورد مطالعه قرار می دهند و این موجب ضعف تألیف شده‌است زیرا غصب اخص از تصرف غیرقانونی درمال غیراست بنابراین مورد ندارد که مباحث وسیعی تحت عنوان محدودی مورد بررسی و مطالعه قرار داده شود. جای تأسف آنکه مقنن مدنی دردورهٔ سوم هم ازهمین ضعف تألیف استقبال نموده ودرمادهٔ ۳۰۸ وبعد کلیهٔ مباحث مربوط بتصرف غیرقانونی راتحت عنوان محدود غصب قرارداده‌است.

نکته

۶۱۰ـ درمبحث تصرف غیر قانون مؤلفان ایندوره (مانندقانون مدنی دورهٔ سوم) دوبحث جداگانه رامورد مطالعه قرارمی‌دهند.

الف ـ تصرف غیر قانونی مال غیر بمعنی اعم

ب ـ تلف شدن مال مورد تصرف غیر قانونی پس از تصرف .

بحث اتلاف مال غیر همیشه (چه درایندوره وچه دردورهٔ سوم) مبحث جداگانه داشته است. بنابراین درمباحث غصب وتصرف غیرقانونی هیچوقت بحث اتلاف مال غیر مطرح نیست این سنتی است که مؤلفان ایندوره در تألیفات خود آنرا رعایت نموده‌اند.

ماهیت جزائی غصب

۶۱۱ـ غصب (با توجه بعناصر سازندهٔ آن ـ مطلب شماره ۵۵۹) در حقوق ایندوره جرم است ومجازات آن مجموع دو امر ذیل است:

الف ـ تعزیر

ب ـ شدت عمل در استرداد عین مغصوب، یعنی غاصب ازنظـر مسئولیت مالی باغیر غاصب (سایر متصرفین غیرقانونی کـه درمال دیگران بدون علم بتعلق آن بغیر تصرف می‌نمایند) فرق دارد بطوری که شدت‌عملی که‌علیه‌غاصب‌بکارمی‌رو دعلیه غیر غاصب تجویز نشده است بهمیـن جهت یکـی ازنصوص قانونی این دوره می گوید: **ان‌الحجر المغصوب فی‌الدار رهن علی‌خرابها** باین ترتیب اگر کسی‌سنگی‌را غصب کند ودر پی‌بنای عظیمی بگذارد درموقع رد مغصوب باید آن بنای بزرگ راخراب‌کند وسنگ مغصوب رابیرون آورد وبه‌مالك آن بـدهد؛ این شدت عمل برای جلوگیری ازحالت تجاوز باموال غیر است که در اغلب مردم وجود دارد.

۶۱۲ ـ نکته ـ درحقوق دوره سوم این شدت عمل باقی مانده و مادهٔ ۳۱۱ این کیفیت راحفظ نموده است ولی جنبهٔ تعزیر آن در حقوق جزای ایندوره دیده نمی‌شود ومقنن جزائی آنرا درردیف جرائم نیاورده است . ولی وجود همان شدت عمل دراخذ خسارت به‌ماهیت‌غصب‌درقانون مدنی یك‌رنگ جزائی خفیف می‌دهد.

فرق اثر حقوقی غصب وغصب‌حکمی

۶۱۳ـ درموردغصب‌حکمی‌مقنن‌ایندوره شدت عمل مذکور در موردغصب را تجویز ننموده است‌و مؤلفان ایندوره هم تصریح بتساوی آثار حقوقی غصب و غصب حکمی‌ازهرجهت‌نکرده‌اند بلکه این مـوضوع‌رابسکوت بر گزار نموده‌اند این‌ابداع قانون مدنی دورهٔ سوم (مادهٔ ۳۰۸) است که غصب‌حکمی‌رابطوراطلاق‌درحکم غصب قرار داده ومتوجه اشکال قضیه نشده است چه‌اگر شخصی اشتباهاتیر آهنی راازمال

غیر بردارد ودرقسمت پی بنائی عظیم بگذارد و بنارا بانجام برساند آنگاه مالك نیز مطالبهٔ مالخودرا بنماید آن شخص طبق مادهٔ ۳۱۱ قانون مدنی مجبور بتخریب بنا وردتیر است! غاصب حکمی بعلت نداشتن عمد (که عنصرعمومی جرائم است) مجرم نیست لذا سانکسیون تجاوزاو بمال غیر نباید طعم جزائیداشته باشد ؛ درهر حال مادهٔ ۳۱۱ قانون مدنیخوب تنظیم نشده است ومقنن دورهٔسوم شتابزده بدون توجه بسوابق مادهٔتاریخی حقوق ایران مادهٔ مزبوررا تنظیم نموده است.

۶۱۴ ـ درعمل برای خلاص از این اشکال بهتر است که مادهٔ ۳۱۱ چنانکه ازظاهرش برمیآید اختصاص به«غاصب» داده شود وذیل مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی (که غصب حکمیرا همانند غصب حقیقی دانسته است) را وارد مورد اغلب تلقی نموده وبالنتیجه آنمقدار از مسئولیت غاصب که طعم جزائی دارد محصور بغاصب شود و سرایت بغصب حکمی داده نشود.

فصل پنجم

خانواده

اهمیت خانواده

سهولت تشکیل خانواده

مهر

تشریفاتی بودن عقد نکاح

نفقهٔ زن

نکاح منقطع

اهمیت خانواده

۶۱۵ ـ درحقوق ایندوره مانند همهٔ حقوقهای وابسته باقتصاد آزاد خانواده

يك واحد اجتماعی مقدس است که مقنن حتی المقدور کوشش دارد که ازدوراه موقعیت آنرا مستحکم سازد: یکی ازراه وضع قوانین مربوط بخانواده که دارای ضمانت اجراء است مانند قانون مربوط برعایت احترام پدرومادر «لاتقل لهما اف» یعنی بپدر و مادرخود اف نگو، تخلف ازاین قانون مجازات دارد و مجازات آن بصورت تعزیر است، ودیگری ازراه وضع مقررات اخلاقی یعنی توصیه‌های اخلاقی مانند«وبالوالدین احسانا» یعنی بپدر ومادر نیکی کنید دراینمورد بقدری قانون ابرازعلاقه نموده‌است که مقررداشته‌است پدرمیتواند صرفنظراز مورد وجوب نفقهٔ وی برفرزند بقدری که اسراف وفساد نباشد ازمال فرزند بردارد خواه فرزند صغیر باشد خواه کبیر و در اینموضوع نص قانون میگوید: «انت ومالك لابيك» یعنی ای‌فرزند تو بامال تومتعلق بپدر خود میباشی.

اینها و صدها مقررات اخلاقی وحقوقی دیگر قرنها اساس خانواده را محکم نمود وهنوزهم باوجود اینکه فساد اخلاق از دیگران اقتباس میشود مبانی اخلاقی درخانواده های مابسیار محکم است وهمان مبانی است که در درجهٔ اول حافظ و نگهبان اجتماع ما است ومتأسفانه قانون مدنی در این باب چیز تازه‌ای بر سابق نیفزوده وبرای تحکیم مقررات اخلاقی گامی برنداشته‌است.

سهولت تشکیل خانواده

۶۱۶ـ مذاهب عموماً ومذهب اسلام‌خصوصاً نهال‌قانون‌را درزمین‌اخلاق کشت میکنند وتاریخ حقوق نشان میدهد که اینعمل چه‌نتایج درخشان داشته‌است مذهب اسلام درقدم‌اول براخلاق ودرقدم دوم برقانون بنا نهاده شده‌است. بنابراین مطالعهٔ حقوق دورهٔ دوم بدون درنظرگرفتن نفوذ اخلاق اجتماعی ایندوره يك غلط فاحش است که منشاء غلطهای بیشمار دیگر می‌باشد:

درحقوق ایندوره برای تحکیم مبانی خانواده مطالعهٔ عاقلانه برای انتخاب همسر بنحو قابل ملاحظه ای منظور شده است مانند :

الف ـ کف دستان وصورت زنی راکه بااوازدواج میکنی نگاه کن تارشتهٔ مهر ومحبت زناشوئی محکمتر گردد.

قال (ص) لرجل من اصحابه وقد خطب امرأة : انظر الی وجهها وکفیها فانه احری ان یؤوم بینکما المودة والالفة.

ب ـ کسی که قصد ازدواج با زنی دارد میتواند از وراء جامه‌ای رقیق او را ببیند چه‌وی بهای گرانی میپردازد (مقصود ازبهای گران تعهدات اخلاقی و معنوی مرد دربرابر اشتراك زندگی بازن آینده است ناچار باید این تعهدات سنگین در مقابل تحصیل زنی باشد که بازندگی خانوادگی بعدی مرد متناسب گردد)

صحیح یونس عن الصادق (ع) عن الرجل یریدان یتزوج المرأة یجوز ان ینظر الیها قال : نعم وترقق له الثیاب، لانه یریدان یشتریها باغلی الثمن.

باوجود این توصیه‌های گرانبها چنین بنظر میرسد که عرف و عادات خشن بسیاری ازمردم استعداد هضم این امور را ظاهر ننموده‌است وناچار زیان بکار نبستن مقررات سودمند واندرزهای مفید تدریجاً آشکار گردید.

بهرحال مطالعات اولیه که‌درتحکیم مبانی خانواده وتسهیل امورمربوط‌بآن بـی اندازه دخالـت دارد نـه تنها ممنوع نبود بلکه بنحو اعتدال و خردمندانه تـوصیه شد.

مهر

۶۱۷ ـ مسألهٔ مهر که شاید دردوره‌ای اززندگی بشر واقعا قیمت زن بود(یعنی در آن دوره ازدواج مانند خریدوفروش یك عقد معوض محسوب میشد) در حقوق

دورهٔ دوم، بصورت یك هدیهٔ الزامی در آمد بعنی مقنن ایندوره :

اولا- ازدواج را ازصورت یك عقد معوض خارج نمود وبابیانات مختلف درضمن قوانین گوناگون اثبات نمود که مهر مستقل ازعقد نکاح است بهمین جهت عقد نکاح بدون ذکر مهر درست است وحال اینکه بیع بدون ذکر ثمن باطل است.

ثانیاً- برای اینکه فکر مردم را درجهت عکس فکر خریدوفروش باسم ازدواج حرکت داده باشد مطلب «مهر السنة» را عنوان کرد ومردم را بپیروی ازسنت خود تأکید مینمود . مهر السنة مبلغی ناچیز است چنانکه ازمؤلف کتاب جامع الشتات پرسیدند: مهر السنة را بپول این زمان بیان فرمایند. درجواب نوشت: مهرسنت دویست و شصت ودومثقال ونیم پول نقرهٔ سکه داراست بمثقال صرافان (جامع الشتات صفحهٔ ۴۵۹) بـا پول فعلی از قـرار مثقالی پانزده ریـال جمع مبلغ سیصدونودوسه تومان وهفت ریال ودهشاهی است .

عنوان مهر السنة یك دلیل دیگراست براینکه مهرعوض معامله نیست زیـرا عوض درکمیت تابع ارزش معوض بوده وباید متغیر باشد . ازاین گذشته گاهی تعلیم یك سورهٔ قرآن رامهر قرارمیدادند اینها همه دلیل اینست که درحقوق دورهٔ دوم مهر بصورت یك هدیهٔ الزامی بوده نه عوض عقد(۱) متأسفانه فکر مزبور که قرنها در اخلاق مردم ما تأثیر نموده بود ونتایج سودمند اجتماعی داشت از چندی باینطرف روزبروز متروك مانده بطوری که درحال حاضر عرف و عادت خشنی که مقتضی مهر سنگین

---

(۱) بعضی ازمؤلفان این دوره میگویند: عقد نکاح اساساً دوعقد است:
الف- عقد ازدواج
ب - عقد مهر
این نظر هرچند درست نیست ولی دلالت براستقلال نکاح ازمهر مینماید.
کتاب منیة الطالب- جلد دوم- صفحهٔ ۱۴۷- سطر اول وبعد
جامع الشتات - صفحه ۱۴۷ سطر پنجم وصفحهٔ ۴۴۳- سطر نهم وبعد

است خواه ناخواه نفوذ دارد واین‌خود یکی ازموانع توسعه و اشاعهٔ ازدواج وایجاد عقده های جنسی ودرنتیجه ، سبب بسط فساد اخلاق و تکثیر جرائم جنسی وغیر-جنسی شده‌است . محرومیت‌های جنسی ازعوامل اصلی بروز بسیاری ازجرائم‌است.

تشریفاتی بودن عقد نکاح

۶۱۸ _ در قرن اول از تاریخ ایندوره اصل Consensualisme در تمام عقود اعمال میشد و مقررات قانونی این دوره اصل مزبور را پذیرفته است بعدها مکتب اصولی شاید بپیروی ازحقوق رم اصل Formalisme در عقود را پذیرفته وآنقدر در اینراه مبالغه نمود که معتقد شد بدون لفظ اساساً ماهیت حقوقی عقد، محقق نمیشود .

درهرحال مکتب اخباری همان اصل‌اول راکه درقرن اول اعمال میشد در طول دورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ماحفظ نمود و این ازمزایای آن مکتب است؛ اصل مزبوررا‌راحتی درمورد عقد نکاح هم‌جاری مینمودند و بعکس نظر جمعی دیگر که صیغهٔ مخصوص و زبان عربی را برای تحقق عقد نکاح لازم میدانستند صرف ایجاب وقبول‌لفظی‌را به‌هرصیغه که‌رسا باشد (نسبت به قصد انشاء) وبهرزبان کافی‌می‌دانستند .

در ایجاب وقبول نکاح لفظ را از آن جهت لازم می‌دانستند که بین نکاح و سفاح فرق گذاشته شود از این باب است که می گویند . معاطات در نکاح ممکن نیست.

احتیاط درامر ازدواج ایجاب برقرارنمودن تشریفات‌را میکنند ودردورهٔ سوم تشریفات جدیدی منظور شده ولی سانکسیون عدم رعایت آن مقررات، بطلان عقد نیست.

۶۱۹ـ مطابق مقررات این‌دوره مرد باید لباس ومسکن وخوراك (وبرخی امور جزئی دیگر) زن رابفرا خورحال زن تأمین نماید. بعضی تصور میکنند که باین‌ترتیب زن استقلال اقتصادی خودرا ازدست میدهدوموجود عاطل و باطلی میشود ولی مقررات ایندوره تصوربالا را رد میکنند چه :

اولا ـ وظائف سنگین ودرعین حال طبیعی مربوط بحمل و وضع حمل خود بخود غالباًمستلزم زوال اندکی ازاستقلال اقتصادی زن‌است مخصوصاً باتوجه باینکه بسیاری از زنان درایام حمل کسالت های طولانی وممتد دارند دراینصورت قانون یك اقدام احتیاطی اقتصادی بنفع زن‌را منظورداشته است.

ثانیاً ـ پس ازقبول حفظ خانواده دیگر استقلال مطلق اقتصادی زن در مقابل مرد مفهومی ندارد زیرا استقلال اقتصادی بالطبع مستلزم استقلالهای دیگری است که مآلا منجر بهدم اساس‌خانواده‌است واین خلاف فرض‌است زیرا بحث محدود به کادری است که در آن کادر وجودخانواده وحفظ آن در عداد مصالح اجتماعی است البته‌درخارج ازاین کادر اساساً اینمطالب مطرح نیست .

ثالثاً ـ آن مقدار ازنفقهٔ زن‌که شوهر باید بدهد آنقدر ها قابل توجه نیست که استقلال نسبی اقتصادی زن راازبین ببرد برای اینمطلب کافی است که بسئوال و وجواب ذیل ازکتاب جامع الشتات توجه شود :

سئوال ـ هرگاه زوجه مریضه باشد ومحتاج بدوا ،وزوج اوتعلل کند درمعالجه و قیمت دوا دادن، آیا میتوان ازاو گرفت یانه؟

جواب ـ ظاهراین است که قیمت دوا برزوج لازم نیست واین داخل نفقه نیست و همچنین اجرت حجام وحمام مگراینکه هواسردباشد واز برای غسل محتاج بحمام باشد..
(جامع الشتات ـ صفحهٔ ۴۴۸ ـ سطر سیزدهم)

صرفنظر ازکیفیت عبارت وانشاء پرسش وپاسخ بالاوظواهر امر،معلوم میشود

که‌زن باتکاء نفقهٔ معین شدهٔ در قانون نمیتوانـد مستغنی باشد اگر اتکاء بعـرف و عادات (که‌قانون مسئول آنهانیست) نبودزن هم برای رفع پاره‌ای از نیازمندیهای زندگی میبایست بمال شخصی یا کار خود متکی باشد بهمین جهت حقوقدانان ایندوره مـی گویند: زنی که‌شوهر دارد میتواند کار کند ومزد بگیرد (ولو اینکه شوهر اذن‌ندهد) مادام که کار کردن اومنافات باحقوق زوجیت نداشته‌باشد (۱) وا گر شوهر دستور انجام کاری راکه متقوم بمال باشد بزن‌خود بدهـد باید اجرت المثل آن عمل را بزن بپردازد (۲) و حتی زن قانوناً مکلف نیست بطفل شیر بدهد و میتواند در ازاء این کار ازشوهر مزد بگیرد.

بالاتر ازهمهٔ اینها زن‌قانوناً مکلف به‌نگهداری اطفال خود نیست (۳) و می تواند درصورت‌امر یااذن شوهر، ازاودرمقابل اینکاراجرت‌بگیرد. دراین مورداز نظر تاریخی بی‌تناسب نیست که‌درسؤال وجواب ذیل (ازکتاب جامع الشتات)دقت‌شود:

سئوال ـ هرگاه زینب‌زوجهٔ زید بزوج خودبگوید که اطفال خود را خدمت نمی نمایم شماخدمت بکنید وزیدرا اوضاعی نباشد که‌خدمتکاری نگهداردوخود کاسب‌باشد، وهرگاه متوجه خدمت اطفال‌شود از کسب وتحصیل مؤنت باز میماند، آیا دراینصورت سخن زینب شرعاً مسموع میباشد یانه؟

جواب ـ زینب ظاهراً میتواند این سخن رابگویدهرچند استحقاق‌حضانت هم با او باشد بجهت اینکه دلیلی بروجوب حضانت عیناً برمادر ثابت نیست . ودراین صورت هر گاه پدر فقیر باشد ونتواند جمع کند مابین تحصیل معیشت‌وخدمت کردن اطفال،معیشت خود رامیتواندازوجوه‌صدقات‌بگیرد.واما اینکه‌حضانت‌دراینصورت برپدرواجب‌عینی‌است است یا کفائی آنهم خالی از اشکال نیست، وحضانت وپرستاری غیـراز نفقه و کسوة دادن است .

(جامع الشتات صفحه ۴۲۹)

---

(۱) جواهرالکلام- اجاره - صفحهٔ ۵۴۹ - ۵۵۰

(۲) جامع الشتات - صفحهٔ ۳۱۸

(۳) مادهٔ ۱۱۶۸ قانون مدنی فعلی درحقیقت جنبهٔ اجتماعی قـانون دورهٔ دوم را ترك نموده وراهی که عملی‌نیست انتخاب کرده‌است.

۶۲۰ـ این ماهیت حقوقی که در حقوق دورهٔ دوم پذیرفته شده و در مادهٔ ۱۰۷۵ قانون مدنی و مواد بعدی منعکس گردیده است بسیار جالب توجه است در موارد سکوت قانون مربوط باین موضوع ازقوانین نکاح دائم وقوانین اجاره استفاده میشود وبیشتر ازمقررات نکاح دائم اخذ میگردد بهمین جهت بعضی از حقوقدانان این دوره مانند صاحب جواهر «اصل تساوی احکام نکاح دائم و منقطع» را اعلام داشته اند.

درمورد اینقسم نکاح یك دنیا ذوق وتخیل واحساسات وعواطف بشری درمقابل یك ضرورت سخت واستوار زندگی وجوددارد هر گروه چیزی می پسندند ولی یك انسان رئالیست وواقع بین درمقام قانونگزاری طوری فکر میکند که در مقام ذوق وتخیل آنطور نمیتواند بیاندیشد.

مبحث دوم

حقوق بین الملل خصوصی

قسمت اول- تابعیت

قسمت دوم- اقامتگاه

قسمت سوم-حقوق خصوصی بیگانگان

قسمت اول

تابعیت

الف- ملاك تابعیت

ب- مبانی تابعیت

ج- تابعیت اطفال نامشروع

ملاك تابعیت

۶۲۱ - درحقوق‌دورهٔ‌سوم(ازتاریخ حقوق‌ما) تابعیت(۱) رابطه‌ای‌است سیاسی که‌فردی رابدولتی مرتبط میسازد. این تعریفی است که حقوقهای مدرن از تابعیت میکنند‌دراینقسم تابعیت مذهب اشخاص‌را درنظر نمیگیرند.

(۱) Nationnalité

در ابتداء دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما تابعیت بر اساس وملاک مذهب قرارداده شد بنابراین شخصی که مسلمان بود تابعیت حکومت وقت را داشت وکسی که مسلمان نبود اجنبی محسوب میشد ولو اینکه دائماً در قلب حکومت اسلامی ساکن بوده واز نظر سیاسی تابع آن حکومت بشمار میرفت مانند اهل ذمه که پس از بستن قرارداد ذمه دائما واجباراً درقلمرو حکومت اسلامی ساکن میشدند. اسم عمومی که بتمام اجانب داده میشد «کافر» بود (۱).

نکته- دیری نگذشت که قلمرو واحد حکومت اسلامی تبدیل بقلمرو های متعدد ودول مستقل شد که برای حفظ استقلال خودناچار شدند تابعیت را بر ملاک بستگی ورابطهٔ سیاسی فرد با دولت معین (که در دورهٔ سوم از تاریخ حقوق ما دیده میشود) قرار دهند.

این ترتیب پس از انقراض حکومت عباسیان (وبلکه قبل از انقراض حکومت عباسیان) در تاریخ حقوق ما دیده میشود مثلا ایرانیان عصر صفوی وترکان عثمانی دارای مذهب واحد بودندو حال آنکه تابعیت مختلف داشتند.

۶۲۲- حقوقدانان جدید معتقدند که فلسفهٔ پیدایش تابعیت این است که تکلیف دولتها مشخص باشد ومعلوم گردد که هردولت از چه افرادی باید حمایت نماید واین معنی بدون تابعیت امکان ندارد.

ولی بنظر میرسد که این نظر باواقعیات خارجی وفق نمیدهد. اساس تابعیت بهر ملاکی که باشد نگهداری قدرت وسیعی است که بدون «تابعیت» بقاء چنان قدرتی امکان ندارد.

۶۲۳- تبصره- هرچند که دردورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما ملاک تابعیت، مذهب

---

(۱) براساس این فکر گفته شده است: الکفر ملة واحدة (حدیث)

رسمی کشور بوده است ولی ملاك مزبور منحصر بفرد نبوده‌است. زیرا درمورد اهل ذمه میبینیم که قانون آنوقت از نظر سیاسی آنهارا تابع مقررات عمومی مملکت دانسته است بطوری که اراضی اهل ذمه پس از بستن قرارداد ذمه از نظر سیاسی و اداری جزو قلمرو کشور محسوب است و اهل ذمه درحقیقت گوشه‌ای ازجامعه‌ای را تشکیل میدادند که در قلمرو حکومت اسلامی زندگی میکنند.

۶۳۴ ـ نکته ـ همانطور که در حقوق دورهٔ سوم دولت می تواند تابعیت را بر افراد مخصوصی تحمیل کند (مادهٔ ۹۷۶ قانون مدنی) و نیز بوسیلهٔ «تراضی» بکسی تابعیت ایرانی بدهد (مادهٔ ۹۷۹ قانون مدنی) در حقوق دورهٔ دوم هم نظیر این وضع وجود دارد مثلا قانون دورهٔ دوم طفلی که از پدر و مادر مسلمان متولد شده باشد تابعیت پدرومادر رابطفل میدهد، و نیز هریك از اهل ذمه هر وقت که بخواهند میتوانند تابعیت اسلامی رابپذیرند.

مبانی تابعیت

۶۲۵ ـ درقوانین کشورهای کنونی جهان درمورد مبانی تابعیت به سه اصل توجه شده‌است:

اصل اول ـ هرفرد باید دارای تابعیت باشد یعنی فرد بدون تابعیت نباید وجود داشته باشد.

اصل دوم ـ تابعیت متعدد ممنوع است یعنی هیچ فردی نمی‌تواند بیش از یك تابعیت داشته باشد.

اصل سوم ـ تابعیت یك مطلب ثابت وغیرقابل تغییر نیست.

بنظرمیرسد که این سه مبنی بسیارقدیمی است و اختصاص بحقوقهای فعلی ندارد زیرادردورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ما این سه اصل کم و بیش مورد توجه بوده‌است بشرحی

که ذیلا مورد بررسی قرار میگیرد:

اصل اول

۶۲۶ـ برای اصل اول دو نتیجه ذکر کرده‌اند :

الف ـ هیچکس نمیتواند ترک تابعیت دولتی را نماید مگر اینکه تابعیت دولت دیگری راپپذیرد. این نتیجه در قوانین دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما (درایامی که تابعیت برملاک مذهب قرار داشت) مورد قبول نبوده زیرا قوانین ایندوره اساساً تغییر تابعیت اسلامی رااجازه نداده و بلکه آنرا جرم دانسته است.

ب ـ هرفردی که بدنیا آمددرهمان آن تابعیت دولت معینی باو تحمیل میشود این نتیجه در قوانین دورهٔ دوم وجود داشته است چه این قانون مقرر میدارد: «هرگاه یکی ازابوین طفل تابعیت اسلام را داشته باشد طفل هم بالتبع تابعیت اسلامی (۱) راخواهد داشت، وهمچنین است اگر درحال انعقاد نطفهٔ طفل یکی از ابوین اودارای تابعیت اسلامی باشند .

طرق تحمیل تابعیت

۶۲۷ ـ تحمیل تابعیت که نتیجهٔ دوم اصل اول است در قوانین دورهٔ دوم بیکی ازدوصورت ذیل است :

الف ـ سیستم خون ـ در این سیستم طفل بمحض اینکه متولدشد تابعیت پدر و مادرش باو تحمیل میشود. اصل در تحمیل تابعیت درحقوق این دوره (و نیز درحقوق دورهٔ سوم) سیستم خون است، وبطور استثنائی ازسیستم خاک هم استفاده شده است.

ب ـ سیستم خاک (یاتابعیت ارضی یا تابعیت محل تولد) ـ مطابق این سیستم تابعیت اشخاص از روی محل تولد آنان مشخص میشود (فقرهٔ سوم از مادهٔ ۹۷۶

---

(۱) این معنی وسیع تر از مداول فقرهٔ دوم مادهٔ ۹۷۶ قانون مدنی است

قانون مدنی). درقوانین دورهٔ دوم تحت عنوان «لقیط دارالاسلام» درمبحث لقطه این نوع ازتابعیت مورد بررسی قرار گرفته است ، خلاصه‌سخن اینست که طفلی کـه در قلمرو اسلامی پیدا شده ونسب او محرز نیست (اصطلاحاً اورا «لقطهٔ انسان» گویند) تابعیت اسلامی باو داده میشود (اینمعنی کاملا مشابه مدلول فقرهٔ سوم ازمادهٔ ۹۷۶ قانون مدنی است) باینترتیب در قوانین دورهٔ دوم «سیستم خاك» هم شناخته‌شده(۱) ومتمم سیستم خون بوده است چنانکه در قوانین تابعیت دورهٔ سوم نیز وضع براین منوال است .

۶۲۸ـ نکته ـ سیستم نژادی برای تحمیل تابعیت درقوانین دورهٔ دوم (ودورهٔ سوم) بهیچوجه دیده نشده است .

۶۲۹ تبصره ـ یك طریق استثنائی برای تحمیل تابعیت در تألیفات حقوقی ایندوره دیده شده است که نصوص قانونی ایندوره آن را تائید نمیکند : وآن عبارت است ازتحمیل تابعیت اسلامی بصغاری که درجنگهای خارجی باسارت گرفته‌میشدند(۲)

اصل دوم

۶۳۰ ـ در قوانین دورهٔ دوم مـا نیز هیچ فرد حق نداشت دو تابعیت (بمعنی پیروی از دو مذهب) داشته باشد ولی همانطور که در حقوقهـای فعلی جهان اختلاف طرز فکر دول راجع بتابعیت موجب پیدایش تعدد تابعیت در فرد واحد میشود درقوانین دورهٔ دوم ازتاریخ حقوق مانیز بعلت فوق، ممکن بود یـك فرد دارای دوتابعیت باشد، مثال: بنابمندرجات مطلب شمارهٔ ۳۹۹ وقتی که در«قرار داد صلح موقت» (یا مهادنه) شرطمیشد که آنچه ازافراد ذکور طرف قرارداد (یعنی

---

(۱) مدرك این قاعده نص«الاسلام یعلوا ولا یعلی علیه شیئی» است که حقوقدانان اسلامی درهمین مورد باستناد آن فتوی داده‌اند وادعاءاجتماع نیز برمطلب فوق‌شده‌است.

(۲) رجوع شود بمبحث جهاد کتاب جواهرالکلام

طرف غیرمسلمان) تابعیت اسلامی راپذیرند از تکلیف قانونی مهاجرت به قلمرو اسلام معاف باشند، درچنین موردی افراد مزبور دارای دو تابعیت میشدند : یکی تابعیت اسلامی که براساس قبول مذهب اسلام قرارداشت ودیگری ارتباط فرد مزبور بادولت خود ازنظر سیاسی چنین فردی مشمول مقررات مالی هردو دولت بود یعنی درمقابل هردودولت تکالیف مالی داشت که باید انجام بدهد .

اصل سوم

۶۳۱ـ در مقررات و قوانین دورهٔ دوم اجازهٔ ترک تابعیت به تبعه داده نشده است ترک تابعیت (یا ارتداد) ازجرائم بسیاربزرگ است که مجازاتش بی‌نهایت شدید است .

طبق قوانین دورهٔدوم هر گاه یکنفر ازتبعه بازنی که تابعیت اسلامی‌رانداشت ازدواج میکرد (۱) تابعیت‌زوج بزوجه تحمیل نمیشد (۲) ونیزاگر شوهر زنی که ازاهل کتاب بوده تابعیت اسلامی رامی‌پذیرفت باوجود بقاء رابطهٔ زناشوئی، تابعیت شوهربزنش تحمیل نمیگردید (۳)

نظر بملاحظات فوق معلوم می شود که در قوانین تابعیت دورهٔ دوم ما بهیچوجه تابعیت زوج بر زوجه تحمیل نمیشد این چیزی است که نظیرش را دراوائل قرن‌بیستم طرفداران تساوی جنس زن ومرد خواستار آن بوده‌اند بطوری که در کنگرهٔ موسسهٔ حقوق‌بین‌الملل سال ۱۹۳۲ دراسلو اعضاء کنگره طی ابلاغیه‌ای آرزو کردند که‌تابعیت یکی از زوجین بدیگری سرایت نکند مگر برضای‌او.

---

(۱) ازدواج منقطع مجازاست وبعضی ازدواج دائم‌را نیز روا دانسته‌اند درتمام این مسائل جواز ازدواج بموردی‌اختصاص دارد که زوجه ازاهل کتاب باشد .

(۲)مقایسه شود بافقره ششم ازمادهٔ ۹۷۶ قانون مدنی

(۳) مقایسه شودبا فقرهٔ اول مادهٔ ۹۸۴ قانون مدنی

۶۳۲ـ نکته تغییر تابعیت یکی اززوجین در قوانین دورهٔ وسطی از تاریخ حقوق ما در بعضی موارد موجب قطع رابطهٔ زوجیت میگردید مثل اینکه زوجه اهل کتاب نبوده وزوج پس از ازدواج وقبل ازدخول تابعیت اسلامی را میپذیرفت.

تابعیت اطفال نامشروع

۶۳۳ـ بموجب قوانین این دوره اطفال حاصل از رابطهٔ نامشروع ابوین میتوانستند که پس از بلوغ، تابعیت اسلامی را قبول کنند.

نکته ـ تابعیت اطفال نامشروع درحقوق جدید ایران مورد اختلاف نظراست ازاینجهت که آیا می‌توان سیستم خون رادرمورد این اطفال اعمال نمود یا نه. به نظر ما اعمال آن باستناد فقرهٔ دوم از مادهٔ ۹۷۶ اشکال ندارد چه بموجب مواد ۱۰۳۱ـ۱۰۴۵ اطلاق «پدر» بپدران این قبیل اطفال می‌شود.

۶۳۴ـ **تبصره** ـ پذیرش بتابعیت ـ هرکس که‌بسن بلوغ رسیده بود به موجب قوانین این‌دوره میتوانست تابعیت اسلامی را قبول کند.

قبول تابعیت، نسبت باولاد صغیرش مؤثر بوده یعنی صغار اوهم قانوناً تبعه محسوب میشدند (۱) شخصی که بتابعیت اسلامی پذیرفته میشد از جمیع حقوق و مزایای قانون استفاده مینمود و هیچ‌نوع استثناء نسبت باووجود نداشت (۲)

درقوانین ایندوره اخراج ازتابعیت بعنوان مجازات وجودنداشت.

---

(۱) با مادهٔ ۹۸۴ قانون مدنی مقایسه شود.

(۲) مقایسه شود با مادهٔ ۹۸۲ قانون‌مدني.

قسمت دوم

اقامتگاه

۶۳۵ـ درمورد اقامتگاه درحقوق این دوره مطالب ذیل را باید مورد توجه قرارداد :

الف ـ در حقوق خصوصی داخلی راجع باقامتگاه قانونی وجودندارد این مطلب مانع‌ازاین نیست که‌باستناد «اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت» (مطلب شمارهٔ ۶۲) عندالاقتضاء مقرراتی مربوط باقامتگاه درحقوق داخلی وضع گردد ولی این‌مقررات جنبهٔ فرمان ودستوردارند نه‌جنبهٔ قانون .

ب ـ درحقوق بین‌الملل ایندوره اقامتگاه تبعهٔ مسلمان واهل‌ذمه (پس‌از انعقاد عقد ذمه) باید در خاك اسلام (که آنرا دارالاسلام و دارالهجرة میگفتند) باشد (مطلب‌شمارهٔ ۱۰۴) معذلك سه‌دسته‌از این‌حکم کلی معاف بودند ومیتوانستند در خارج قلمرو اسلامی سکونت اختیار کنند :

اول ـ کسانی که قدرت مهاجرت از خارج به قلمرو مزبور را نداشتند (مستضعفین)

دوم ـ کسانی که‌برای ضرورتی (ازقبیل سفارت و سایر نیازمندیهای عمومی مسلمین) محتاج وناچار بمسافرت بخارج میشوند .

سوم ـ مردانی که پس‌از عقد صلح «مهادنة» تابعیت اسلامی را پذیرفته و به موجب شرط ضمن عقد مهادنة معاف از تکلیف مهاجرت به قلمرو اسلامی بودند (مطلب شمارهٔ ۳۹۹)

۶۳۶ـ نتیجه ـ اقامتگاه درروابط بین‌المللی باراده ودلخواه افراد تعیین نمی شد واین قانون داخلی بود که اقامتگاه افرادرا معین مینمود. اجانب هم‌نمیتوانستند

درقلمرو اسلامی بمیل خود اقامتگاه معین کنندبلکه فقط درحدود «قانون تأمین» حق‌اقامت یا توقف درنقطه یانقاط معین ازقلمرو راداشتند (مطلب شمارهٔ ۱۱۱)

۶۳۷ـ ج ـ تبعهٔ مسلمان که‌در خارج ازقلمرو اقامت میکردند از نظر قانون ایندوره تابع قوانین حکومت متبوع خود بودند مگر مواردی که پیروی از قانون مزبور موجب خطر جانی یامالی یاحیثیتی میشد دراینصورت از قانون محل پیروی می کردند علیهذا درروابط بین‌المللی **اصل شخصی بودن قانون** رعایت‌میشد.

۶۳۸ـ نکته ـ مفهوم تابعیت ازمفهوم اقامتگاه درحقوق ایندوره ازابتداء جدا بود وحال‌اینکه این دومفهوم بنقل پاره‌ای ازمؤلفان از ابتداء قرن نوزدهم (درحقوق اروپائی) جداشد.

قسمت سوم

حقوق خصوصی بیگانگان

الف ـ مقدمه

ب ـ مبانی حقوق بیگانگان

ج ـ حقوق خصوصی بیگانگان

د ـ حق مالکیت

ه ـ احوال شخصیه

مقدمه

۶۳۹ـ بطوری که درمطلب شماره ۱۰۸ بیان شدقوانین موضوعهٔ ایندوره فقط

برای سه‌دسته از اجانب (ذمی ـ معاهد ـ مستأمن) حقوق ومزایائی قائل شده‌است و برای سایر بیگانگان بهیچوجه حقوقی قائل نیست. بنفع سه دسته از اجانب که فوقاً اسم برده شد قوانین موضوعهٔ این‌دوره حقوق ومزایائی را شناخته‌که میتوان آنهارا بدو دسته تقسیم نمود:

الف ـ حقوق عمومی (بشرحی که درمطلب ۱۱۷ ملاحظه‌شد).

ب ـ حقوق خصوصی که فعلاًمورد بررسی قرارمیگیرد.

منابع حقوق بیگانگان دوچیز بود:

اول ـ قوانین داخلی (مطلب ۱۱۱ ببعد)

دوم ـ معاهدات (مطلب ۱۱۵ ببعد)

مبانی حقوق بیگانگان

۶۴۰ ـ دوطرز فکر و به عبارت روشن تر دومبنی (۱) برای حقوق بیگانه درحال حاضروجود دارد:

الف ـ مبنای فلسفی واخلاقی ـ خلاصهٔ این‌فکر آن است که شخصیت انسانی صرفنظرازاینکه چه تابعیتی‌را دارد چنین اقتضاء میکند که درخاک‌دولت بیگانه از مزایای حقوقی که لازمهٔ زندگی بشراست بهره‌مند شود، و در حقیقت خواهان اصل تساوی سکنهٔ (تبعه و غیرتبعه) کشوردرحقوق نامبرده‌است.

ب ـ مبنای سیاسی ـ این مبنی که‌بر خلاف مبنی اول جنبهٔ ملی دارد، توجه به مصالح عمومی (امنیت،منافع اقتصادی، مسألهٔتکثیر جمعیت)ملت را گاهی با«رعایت اصل‌تساوی نامبردهٔ فوق» مانعة الجمع میداند وبهمین‌جهت توجه بمصالح مزبور را ترجیح میدهد.

Base(۱)

براساس مبنای سیاسی هیچوقت نمیتوان بطور قاعدهٔ کلی برای همهٔ اجانب حقوق و مزایائی قائل شد بلکه با رعایت اوضاع و احوال سیاسی، حقوق و مزایائی برای بعضی اجانب (زائدبریك حداقل حقوق) مقررمیدارند.

حقوق اجانب دردنیای کنونی برمبنای اخیر قرارگرفته است.

۶۴۱ـ نکته دردورهٔ دوم حقوقی که برای بیگانگان شناخته شده است براساس مبنای اخیر قرار گرفته بااین تفاوت که حتی یك حداقل حقوق برای عموم اجانب شناخته نشده است بلکه فقط سه دسته از اجانب بموجب قوانین داخلی و یك رشته معاهدات دارای حقوق ومزایائی بوده‌اند. بنابراین توضیح در حقوق دورهٔ سوم نسبت بحقوق دورهٔ دوم وضع اجانب بطور بارزی تغییر یافته‌است.

حقوق خصوصی بیگانگان

۶۴۲ـ مادهٔ ۹۶۱ قانون مدنی ما میگوید: «جز در موارد ذیل اتباع خارجه نیز ازحقوق مدنی متمتع میشوند: اول ـ در مورد حقوقی که قانون آنرا صراحتاً از اتباع خارجه سلب کرده باشد (۱). دوم ـ درمورد حقوق مربوط باحوال شخصی که قانون دولت متبوع تبعهٔ خارجه آنرا قبول نکرده (۲). سوم ـ درمورد حقوق مخصوص که صرفاً ازنظر جامعهٔ ایرانی ایجاد شده است (۳).

درقوانین دورهٔ دوم که فقط برای سه‌دسته از اجانب حقوق و مزایائی شناخته شده‌است وضع اجانب درحدود مقررات قرار دادو تعهدی که‌دولت وقت در مقابل آنان داشت روشن میشد و «اصل تمتع بیگانه ازحقوق مدنی» مورد قبول بوده‌است

---

(۱) مانند ممنوعیت اتباع خارجه نسبت بتملك مال غیر منقول

(۲) مثلا تبعهٔ کشوری که قانون دولت متبوعش طلاق را منع کرده نمیتواند از حق طلاق که‌قانون ایران برای تبعهٔ خود شناخته استفاده کند.

(۳) مثلا خارجی حق ندارد قیم بریك محجور که‌تبعهٔ ایران است بشود.

وحتی استثناءاول وسوم ازمادهٔ ۹۶۱ قانون مدنی فعلی ایران‌هم در دورهٔ دوم تلقی بقبول شده بود مثلا یك خارجی حق نداشت که از راه احیاء اراضی موات مالك آن گردد ۰ ولی وجود استثنای دوم از مادهٔ بالا را در حقوق دورهٔ دوم نمیتوان تصدیق وتأیید نمود.

حق مالکیت

۶۴۳ ـ قوانین موضوعهٔ ایندوره حق مالکیت مال‌منقول و غیر منقول را برای اجانبی که‌بموجب معاهدات‌اجباراً (ماننداهل‌ذمه) یااختیاراً (مانندمعاهد ومستأمن) درخاك اسلامی سکونت دارند شناخته است.

در قوانین فعلی جهان علی الاصول بیگانه را از تملك اموال غیر منقول در کشور خارجی ممنوع میدانند .

نباید ازنظر دورداشت که «ذمی» چون بموجب عقدذمه بطور دائم وبالاجبار ساکن قلمرو اسلامی بوده مالکیت اموال غیرمنقول ازطرف‌اهل ذمه‌ایجادمخاطره ای برای مصالح کشور نمیکرد.

معاهد ومستأمن هم‌چون ازنظر سیاسی وضع مطمئنی نداشتند عملا رغبت به داشتن مال غیر منقول درقلمرواسلامی نشان نمیدادند.

احوال شخصیه

۶۴۴ـ مادهٔ هفتم قانون مدنی در مورد احوال شخصیه اجانب چنین مقرر می دارد :

«اتباع‌خارجه مقیم درخاك ایران از حیث مسائل مربوطه باحوال شخصیه و ازحیث حقوق ارثیه درحدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود.»

ازمدلول این ماده سه مورد ذیل مستثنی است:

الف- اگر مقررات کشور متبوع اجانب دراحوال شخصیه،مخالف نظم عمومی کشور باشد(۱) در این مورد بیگانه نمیتواننددر کشور، آن مقررات راباستنادمادهٔ هفت قانون مدنی اعمال نماید.

ب- درمورد پذیرفتن یك خارجی بتابعیت ایران، اهلیت خارجی طبق قانون ایران حساب میشود یعنی سن هیجده سال کافی است(۲)

ج- برای اجراء یك عمل حقوقی (که مربوط بحقوق خانوادگی یا حقوق ارثی یامربوط بنقل انتقال واموال غیرمنقول واقع درخارج ایران نباشد) بتوسط اجنبی در ایران داشتن اهلیت طبق قانون ایران کافی است. (۳)

باتوجه به مراتب فوق که دردورهٔ سوم از تاریخ حقوق ما وجوددارد باید گفت که :

اولا- مدلول مادهٔ هفتم قانون مدنی عیناً درقوانین دورهٔ دوم وجود داشته است یعنی اجانب درمورد احوال شخصیه (ولادت وفوت وازدواج وطلاق) وارث واهلیت تابع قوانین مذهبی خودبوده‌اند.

ثانیاً - تبعیت اجنبی از مقررات مذهب خود تاحدی مجاز بودکه مخالفتی با مصالح اجتماعی مسلمین نداشت(٤)

ثالثا- درپذیرفتن خارجی بتابعیت اسلامی اهلیت مطابق قوانین اسلام کافی بود .

---

(۱)رجوع شود بمادهٔ ۹۷۵ قانون مدنی

(۲)مادهٔ ۹۷۹ قانون مدنی

(۳) مادهٔ ۹۶۲ قانون مدنی

(٤) درحقیقت آنچه‌را که قانون امروزتحت عنوان «نظم عمومی» مستمسك قرار داده در دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما تحت دوعنوان بسیار کلی ذیل مورد تمسك قرار می‌دادند:

الف-لاضرر

ب- افساد در کشور (یا فساد فی‌الارض)رجوع شود بفتوح البلدان-صفحهٔ ٤٥٦.

سپاس ایزد که این نامه که نخستین نامه‌ای است در تاریخ حقوق ایران از آغاز پیدایش اسلام تا ابتداء مشروطه بانجام رسید امید است که مجالی پیدا شود تا تاریخ مفصل حقوق مدنی زمان مذکور که در تنظیم دقیق قانون مدنی و تفسیر تاریخی از از قوانین موضوعه در دادرسی و شئون آن تأثیری تمام دارد تدوین گردد. آرزومندم که ارباب دانش منت گذارند و مرا از قصوری که در کتاب ملاحظه میکنند آگاه سازند.

در این جا ارباب تشویق شایسته است که مساعی فراوان کانون معرفت در طبع این کتاب و همت درظرافت و زیبائی آن سپاس گزارده شود.

پایان

کتب مورد مراجعه در تألیف این کتاب
که پاره‌ای از آنها مورد استفاده بود

1-Histoire du droit Français
2- Précis d'histoire de droit Françis
3- Histoire du droit Musulman
4- Etude d'histoire du droit

۵ـ حقوق اسلام
۶ـ حقوق ایران قدیم ومأخذ آن.
۷ـ مکاسب شیخ مرتضی انصاری
۸ـ منیة الطالب (تقریرات نائینی)
۹ـ مختلف علامة
۱۰ـتاریخ طبری
۱۱ـفتوح البلدان بلاذری،
۱۲ـ عبدالله بن مقفع
۱۳ـ شرح عقایدنسفی
۱۴ـ تمدن قدیم
۱۵ـ تاریخ التشریع الاسلامی
۱۶ـ تهذیب الکلام تفتازانی
۱۷ـ شرح مواقف
۱۸ـ الاحکام السلطانیة (الماوردی)
۱۹ـ الاحکام السلطانیة (قاصی ابی‌یعلی)
۲۰ـ تاریخ سیاسی اسلام
۲۱ـ ضحی الاسلام
۲۲ـ الام شافعی
۲۳ـ الفقه علی المذاهب‌الاربع
۲۴ـ شرح المجلة

۲۵ـ میزان شعرانی

۲۶ـ خلاف شیخ طوسی

۲۷ـ الاحکام الجعفریة

۲۸ـ تاریخ سیاسی اسلام از آغاز ظهور تا انقراض اموی

۲۹ـ حقوق اساسی دکتر قاسم زاده

۳۰ـ سازمان اداری حکومت صفوی

۳۱ـ تزوک تیموری

۳۲ـ مستصفی

۳۳ـ معالم القربة فی احکام الحسبة

۳۴ـ سلسلة النسب صفویة

۳۵ـ تاریخ مبارک غازانی

۳۶ـ مانی و دین او

۳۷ـ جامع الشتات

۳۸ـ جواهر الکلام

۳۹ـ حدائق

۴۰ـ شرح ارشاد

۴۱ـ وافی

۴۲ـ کتاب الوزراء والکتاب

۴۳ـ تاریخ الخلفاء

۴۴ـ الموالی فی العصر الاموی

فهرست هجائی

نمرات مربوط به‌مطالب است نه صفحات

پايان

دراين فهرست اين علامت (رك) بمعنى رجوع كنيد ميباشد.

فهرست مطالب

نمرات مربوط بصفحات است نه مطالب.

مبحث اول

فصل دوم

قسمت اول

قسمت دوم (قوه مجریه)

قسمت سوم (قوه قضائیه)

فصل سوم

قسمت اول (حقوق رئیس حکومت)

قسمت دوم (حقوق مسلمانان)

فصل اول

قسمت اول (اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت)

قسمت دوم (استخدام و مقررات آن)

قسمت سوم (عناوین ومشاغل رسمی)

قسمت چهارم (تقسیمات کشور)

فصل دوم

قسمت اول

قسمت دوم (وزارت و اقسام آن)

قسمت سوم (امارت واقسام آن)

قسمت چهارم (ولایت مظالم)

قسمت پنجم (نقابت)

قسمت ششم (مصدقین وائمهٔ جماعات)

قسمت هفتم (دیوان ودوائر حسابداری)

قسمت هشتم (محتسب)

فصل سوم

قسمت اول (حقوق اداری در عصر مغول)

قسمت دوم (حقوق اداری‌عصر تیموریان)

فصل چهارم (حقوق اداری عصر صفوی)

قسمت اول (وزراء)

قسمت دوم (اطلاعات قضائی و نظامی)

قسمت سوم (حقوق کامندان دولت)

مبحث سوم

حقوق جزا

فصل اول ـ کلیات

فصل دوم ـ جرم و مجازات

قسمت اول (کلیات حقوق جزای دورهٔ دوم)

قسمت دوم (کلیات جرم و مجازات در حقوق جزای دورهٔ دوم)

فصل دوم

قسمت دوم (اقسام جرائم)

قسمت دوم (اقسام مجازات ـ موانع ومسقطات مجازات)

قسمت سوم (مسئولیت جزائی ـ عاقلة)

مبحث چهارم

فصل دوم

قسمت اول (اصول کلی دادرسی)

قسمت دوم (احکام صادر شده از محاکم)

قسمت سوم (ادلهٔ اثبات دعوی)

فصل سوم

قسمت اول (اصول کلی دادرسی کیفری)

قسمت دوم (ادلهٔ اثبات مشترك امور جزائی وامور مدنی)

قسمت سوم (ادلهٔ اثبات مختص امورجزائی)

مبحث پنجم

قسمت اول (اطلاعات عمومی)

قسمت دوم (عهود بین‌المللی و آثار آنها)

فصل دوم

قسمت اول (اطلاعات عمومی راجع بجنگ)

قسمت دوم (مقررات جنك وغنيمت)

کتاب دوم

تاریخ حقوق خصوصی

مبحث اول

فصل اول

فصل سوم

قسمت اول (کلیات)

قسمت دوم (اعتبارسند ـ اسناد مالکیت ومرورزمان ـ قاعدهٔ ید)

قسمت سوم (اراضی)

قسمت چهارم (قاعدهٔ تسلیط ـ سوء استفاده‌ازحق ـ تقلب ـ حیله)

فصل چهارم

قسمت اول (مسئولیت ...)

قسمت دوم (ایراد خسارت بغیر)

قسمت سوم (مسئولیت ناشی ازقانون)

قسمت چهارم (تصرف غیرقانونی)

قسمت پنجم (احکام تصرف غیرقانونی)

قسمت ششم (غصب)

فصل پنجم (خانواده)

مبحث دوم

قسمت اول (تابعیت)

قسمت دوم (اقامتگاه)

قسمت سوم (حقوق خصوصی بیگانگان)

پایان

مواد قانونی مورد بحث در این کتاب

مادهٔ قانون مدنی	صفحهٔ این کتاب
۱	۲۳۶
۲	»
۳	»
۱۰	۲۴۰
۳۰	۲۸۰-۲۶۷
۳۵	۲۷۶
۱۳۲	۲۸۵-۲۸۴
۱۸۶	۲۶۶
۱۸۹	۲۴۶
۱۹۱	۲۶۶
۱۹۹	»
۲۱۷	۲۶۹
۲۱۸	۲۸۳
۲۴۸	۲۶۶
۲۶۶	۵
۲۸۶	۳۰۶
۳۰۱	۳۱۵
۳۰۲	»
۳۰۳	»-۳۲۷-۳۲۹
۳۰۸	۳۰۷-۳۱۳-۳۱۴-۳۱۵-۳۱۶-۳۱۷ ۳۲۰-۳۲۲-۳۲۷-۳۲۹-۳۳۵-۳۳۶-۳۳۷
۳۰۹	۳۱۲
۳۱۱	۳۲۶-۳۲۸-۳۲۹-۳۳۰-۳۳۶-۳۳۷
۳۱۲	۳۰۴-۳۲۶-۳۳۰-۳۳۴
۳۱۸	۳۱۶
۳۲۱	۳۲۵
۳۲۵	۳۱۸-۳۲۴
۳۲۸	۳۰۰
۳۳۱	»

مادهٔ قانون مدنی	صفحهٔ این کتاب
۳۳۲	۳۰۲
۳۶۶	۳۱۴-۳۱۸-۳۱۹-۳۲۰-۳۲۷-۳۲۹
۳۸۷	۳۰۶-۳۰۹
۳۸۸	۳۰۷
۳۹۰	۳۰۶
۳۹۱	»
۴۵۳	۳۰۹-۳۱۰-۳۲۱
۴۶۳	۲۹۳
۹۵۰	۳۲۶-۳۳۰-۳۳۱-۳۳۲
۹۵۹	۲۴۷-۲۴۸-۲۴۹-۲۵۰
۹۶۷	۲۵۵
۹۷۶	۳۵۱
۱۰۳۱	»
۱۰۴۵	»
۱۱۶۸	۳۴۳

مادهٔ آئین دادرسی مدنی	صفحهٔ این کتاب
۹	۲۳۸
۱۹۸	»
۳۵۶	۲۴۳
۳۵۷	»
۷۲۶	۵
۷۲۸	۳۰۴

غلطنامه

صفحه	سطر	غلط	درست
۸	۱٦	(۱)	(٤)
۱٦	۱٦	Pubic	Public
۲۵	۱۸	می باشد	نمی باشد
۲۵	۱۹	دارد	ندارد
٤۹	۸	آنها	آنها را
٦۳	۱	دنبو	نبود
۷۵	۱٤	مطالب	مطالبی
۱۳۷	۱۸	گردیدند	گرویدند
۱۳۷	۲۰	باور	بارور
۱۵٤	۲	ابندوره	این دوره
۱۵۷	۱۳	۱۷۵	۲۷۵
۱۵۷	۱۵	جوم	جرم
۱۷٦	۷	یك یکنفر	یکنفر
۱۸۱	۲۰	استنادمی کره	استنادمیکرده
۱۹۷	۳	۲۸۹	۳۲۷
۲۰٤	۲۲	فوق	فوقاً
۲۲٤	۱٦	مینمود	مینمودند
۲۲۸	۲۱	۳۲۳	٤۲۳
۲۳۹	۱٦	Retroactivi té	Rétroactivité
۲٦۷	۵	حقوق	عقود

انفال

۷۵ ـ انفال عبارت است از اموالی که بموجب قانون متعلق بشخص امام (یا پیغمبر) است (۱) اموال ذیل، انفال محسوب است (۲):

الف ـ اراضی انفال (مطلب شماره ۷۶)

ب ـ جنگل های طبیعی و نیزارها و نظائر آنها

ج ـ اموال شخصی که وارث قانونی ندارد

د ـ اموال شخصی رؤساء ممالك خارجی مغلوب در جنك با حکومت اسلامی

هـ ـ اشیأ مطلوب و بندگان خوب و زیبا که از غنیمت جنك قبل از تقسیم آن، جدا می کند و آنها را «صفایا» نامیده اند

و ـ غنیمت جنگی در جنگی که بدون دستور امام (ع) صورت گرفته باشد

ز ـ دریاها و اقیانوسها و رودهای طبیعی که ملك اشخاص شناخته نشده است

ح ـ آنچه که از دریاها و رودها صید می شود مانند مروارید و ماهی وغیره.

۷۶ ـ اراضی انفال عبارت است از:

الف ـ زمین موات.

ب ـ اراضی غیرموات اجانب درصورتی که بدون اعمال قدرت (بوسیلهٔ نیرو ـ های مسلح مسلمین) بحکومت واگزار شده باشد.

ج ـ اراضی غیرموات اجانب درصورتیکه با اعمال قدرت نیرو هـای مسلح درجنگی که بدون اذن امام (ع) صورت گرفته بچنك آمده باشد.

د ـ اراضی بدون مالك

هـ ـ زمینهائی که صاحبان آنها بعلل سماوی یا ارضی بکلی نابود و یا از آنها

---

(۱) مادهٔ یك قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)
(۲) » دوم » » » »

دست کشیده باشند .

و ـ اراضی خالصهٔ رؤساء ممالك خارجی مغلوب درجنك باحکومت

ز ـ اراضی متوفی که وارث قانونی ندارد .

ح ـ سواحل دریاها ورودخانه ها که از آب خارج می‌شوند (۱)

۷۷ ـ نکته ـ احیاکنندگان اراضی موات اجرت المثل زمین مورد احیارا بصاحب آن خواهند داد (۲) .

خمس

۷۸ ـ نصف خمس یعنی یك دهم اموال وعوائد ذیل مختص مقام ریاست مسلمین (پیغمبر وامام) است :

الف ـ غنیمت جنك (۳)

ب ـ مواد استخراج شده ازمعدن (٤)

ج ـ گنج (٥)

د ـ آنچه که ازراه غواصی بدست آید (٦)

ه ـ مالی که بیکی ازوجوه ناقله منتقل شود ومخلوط باما لی باشد که تصرف منتقل الیه در آن قانوناً ممنوع است (۷)

و ـ زمینی که شخص ذمی ازمسلمان بخرد (۸)

---

(۱) مادهٔ سوم قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) مادهٔ ٤ ـ ۸ » » »

(۳) مادهٔ ۱۸ قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)

(٤) » ۱۹ » » » »

(٥) » ۲۳ » » » »

(٦) کتاب عروة الوثقی ـ صفحه ۳۷۸

(۷) مادهٔ ۲٦ قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)

(۸) عروه الوثقی ـ صفحه ۳۸۰

ز ـ کلیهٔ منافعی که شخص در کسب (هر نوع کسب) بدست آورد پس ازجدا کردن خرج یکسالهٔ خود وخرج کسانی که قانوناً مکلف بدادن نفقهٔ آنان می باشد(۱)

قسمت دوم

حقوق مسلمانان

الف ـ ملت وطبقات

ب ـ اصل حکومت قانون

ج ـ تساوی درمقابل قانون

د ـ تساوی درمقابل دادگاهها

هـ ـ تساوی در پرداخت مالیات

و ـ تساوی درتصدی مشاغل رسمی

ز ـ تساوی ازلحاظ خدمات نظامی

ح ـ آزادی شخصی

ط ـ مصونیت منزل

ی ـ اختیارمال

ک ـ آزادی شغل و کار

ل ـ آزادی عقاید مذهبی

م ـ آزادی عقاید سیاسی

ن ـ آزادی تعلیم وتربیت

---

(۱) عروة‌الوثقی ـ صفحه ۳۸۱

۷۹ ـ درحقوق اساسی ازحقوق عمومی (۱) بحث می شود تحت این‌عنوان از آزادی ومساوات واقسام هریك از آنها صحبت می کنند ، مناسب است که بجای عنوان مزبوردراین کتاب(که ازتاریخ حقوق ملت ایران بحث می کند) در دوقسمت صحبت شود :

الف ـ حقوق مسلمانان (پس از یك تحول حقوقی در دورهٔ سوم بجای این اصطلاح عنوان «تبعه» بکاررفته است) .

ب ـ حقوق بیگانگان .

نکتهٔ قابل ذکر اینکه ملت (۲) بمعنی امروزی کلمه در دورهٔ دوم از تاریخ حقوق مادیده نشده ولی بجای آن اصطلاح «امت» بکاررفته است ، امت یك اصطلاح حقوق اساسی دردورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ما است که درتألیفات مهم حقوقدانان (مانند کتاب الاحکام السلطانیه تألیف قاضی ابی یعلی) بکارفته است.

۸۰ ـ درقلمرواسلام (۳) سه طبقهٔ بارزدیده شده است که ازنظر حقوق درسه مرحلهٔ متفاوت قرار گرفته اند :

اول ـ احرارمسلمان که ازهمهٔ مزایای حقوق ایندوره بهره مندبوده واکثریت سکنهٔ قلمرواسلامی راتشکیل می‌دادند .

دوم ـ بردگان مسلمان که ازبسیاری ازحقوق محروم بوده‌اند؛ هرچند که درحمایت قانون نسبت بازمنهٔ قبل دروضع بسیارمترقی‌تری‌قرارگرفته بودندومزایای قابل ملاحظه‌ای داشتند وهمین قانون زمینهٔ آزادی غلامان رافراهم ساخت (٤)

---

(۱) Les droits publics

(۲) Nation

(۳) در اصطلاحات حقوق اسلام قلمرو اسلام‌را «دارالهجرة» و « دارالاسلام» نامیده‌اند وخارج قلمرومزبوررا «دارالحرب» و «دارالشرك» می نامیدند .

(٤) رجوع شود بمطلب شمارهٔ ۱۲٤

«امت» ازمجموع این دوطبقه فراهم می شد وباقی سکنهٔ قلمر واسلامی جزو امت نبودند.

۸۱ ـ سوم ـ اهل ذمه که وضع خاصی داشتند: از نظرسیاسی تابع حکومت اسلامی بودند واستقلال سیاسی نداشتند (۱) ولی طبق قوانین موضوعهٔ خود تاجائی که باقوانین اسلامی مباینت نداشت عمل می کردند، ازنظرسیاست عمومی مملکت تابع حکومت اسلامی بودند وفقط حق داشتند محاکمی برای خودداشته باشند.

۸۲ ـ چون تابعیت (۲) درحقوقهای مذهبی (وبالنتیجه دردورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ما) ازروی مذهب اشخاص حساب می شوداهل ذمه را نمی توان تبعهٔ حکومت وقت محسوب داشت ولی نظر بوضع فوق نمی توان آنانرا اجنبی (۳) بمعنی امروزی کلمه دانست زیرا آنهابموجب «عقدذمه» بکلی استقلال سیاسی را ازدست می دادند وتحت حمایت دولت اسلامی وقت قرارمی گرفتند؛ بهرحال میتوان آنها رااجنبی درمقابل تبعه بمعنی (تابعیت ازمذهب معین) محسوب داشت مزایا و حقوق این دسته از اجانب بیشتر از سایر بیگانگان بوده است (رجوع شود به قسمت سوم همین فصل مطلب شماره ۱۰۲ ببعد)

۸۳ ـ اجانب دیگر (مانند مستأمن ومعاهد) که ذمی هم نبودند و ممکن بود بموجب پاره‌ای معاهدات درقلمرو کشورسکونت اختیار کنند، این افرادهم جزوسکنهٔ قلمرواسلام بودند ودارای حقوق وتکالیفی می شدند که کلیات آنها را بعداً ملاحظه خواهیدنمود (مطالب ۱۰۵ ـ ۱۰۶)

۸۴ ـ نتیجه ـ طبقات امت (وبعبارت دیگر طبقات مسلمین) دودسته بودند: یکی احرارودیگری بردگان. بدیهی است درحقوق این دوره اصل تساوی حقوق وتکالیف بین همهٔ افراد مسلمین برقراربوده است جز آنچه راکه نص قانون مستثنی تلقی می کرد، ولی

---

(۱) مادهٔ ۲۸ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) Nationalité

(۳) Etranger

درمورد غلامان این استثناء فوق العاده قابل ملاحظه بوده است بطوری که باید اصل مساوات واصل آزادی رادر طبقهٔ احرار بررسی نمود .

اصل حکومت قانون

۸۵ ـ اصل نهم متمم قانون اساسی می گوید : «افراد مردم ازحیث جان ومال و مسکن وشرف محفوظ ومصون ازهر نوع تعرض هستند ومتعرض احدی نمی توان شد مگر بحکم وترتیبی که قوانین مملکت معین می نماید .» ازمدلول این اصل تعبیر به «اصل حکومت قانون» می شود ، این اصل خودمختاری متصدیان امورعمومی رانفی می کند و نیز «اصل حریت ارادهٔ افراد» راتضمین می نماید ، زیرا تصدیق هریك ازدواصل نامبردهٔ فوق؛ مستلزم تصدیق اصل دیگراست . بهمین دلیل چون «اصل حریت اراده» دراین دوره از تاریخ حقوق مادرطی «اصالة الاباحة ـ اصالة البرائه» تأییدشده است می توان گفت که بالنتیجه «اصل حکومت قانون» هم موردتأیید قانونگزاردورهٔ دوم است .

۸۶ ـ نتیجه ـ وجود اصل نهم متمم قانون اساسی دردورهٔ حقوق جدیدایران نسبت بدورهٔ دوم ازتاریخ حقوق این کشورمطلب تازه ای محسوب نمی شود درحقیقت اصل مزبور مطلب موجودی را تسجیل نموده است . «اصل حکومت قانون» دول راموظف می کند که اقتدارات خودرا نسبت بحقوق افراد محدود بدانند ورعایت حقوق افرادرا بنمایند ثمر بخش بودن این اصل بمقداررشد اجتماعی افراد بستگی دارد .

مساوات

تساوی درمقابل قانون

۸۷ ـ در قوانین این دوره ملت در مقابل قانون متساوی الحقوق بودند (۱) قوانین مدنی وجزائی دربارهٔ همه یکسان عمل می شد . طبقات اشراف ، روحانیون، طبقهٔ

(۱) مقایسه شود با اصل هشتم متمم قانون اساسی

سوم که در بعضی کشورهای غیر اسلامی آنروز هریك مشمول قوانین مخصوص بخود بودند در کشورهای اسلامی در مقابل قانون متساوی الحقوق بوده اند.

تساوی در مقابل دادگاهها

۸۸ ـ درقوانین این دوره دادگاههای اسلامی صلاحیت رسیدگی کلیهٔ دعاوی بین سکنهٔ قلمرو اسلامی و کلیهٔ جرائم واقع در قلمرو مزبور را دارا بودند و برای طبقات ممتاز (اشراف، روحانیان) محاکم مخصوصی تشکیل نمی شد، حضور علی (ع) در محکمهٔ شریح قاضی معروف است . ولی بعداً در عصر عباسیان (مطلب شماره ۱۸۵) وعصر مغولان (مطلب شماره ۲۱۰) محاکم اختصاصی بوجود آمد .

تساوی در پرداخت مالیات

۸۹ ـ درقوانین این دوره از تاریخ حقوق ما پرداخت حقوق مالی ، بطور تساوی برعهدهٔ مؤدیان بود باین معنی که پاره ای از طبقات (مانند اشراف ، روحانیان) معاف از اداء حقوق مالی نبوده اند (۱)

تساوی از لحاظ اشتغال بمشاغل دولتی

۹۰ ـ درقوانین این دوره از تاریخ حقوق ما تصدی مشاغل رسمی قانوناً مختص بصنف خاصی نبوده است ، هر کس که واجد شرائط قانونی بوده می توانست حتی مناصب عالی را هم تصدی نماید ، اگر مستثنیاتی بنظر می رسد ، اختصاص باین دوره و حقوق ملت مانداردد هر دوره و در حقوق هر ملت بحسب پاره ای مقتضیات، مستثنیاتی بوجود می آید ولی اصل تساوی مزبور بحال خود محفوظ است .

۹۱ - نکته - مطالعهٔ مبحث دوم از کتاب اول (مطلب شماره ۱۳۳ ببعد) نشان می دهد که عملا در طی دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما همیشه این اصل رعایت نمی شده بلکه بعضی اوقات امتیازاتی بنفع بعضی از طبقات مقرر می شد : در عصر صفویه مناصب عالی قضائی به اشخاصی داده می شد که باخانوادهٔ سلاطین صفویه وصلت کرده بودند (مطلب شماره ۲۵۳)

---

(۱) مقایسه شود با اصل ۹۷ متمم قانون اساسی

تساوی از لحاظ خدمات نظامی و جنگی

۹۲ ـ درموقع اعلان جنك تمام افراد ملت بدون درنظر گرفتن امتیازات طبقات باید بجنك بروند جزبندگان واطفال وپیران و مریضان و دیوانگان و زنان . زنان ممنوع ازشرکت درجنك نیستند نهایت اینکه درعملیات جنگی شرکت نخواهند نمود

۹۳ ـ ترتیب نگهداری نظامیان وامورمربوط بجنك بنظر رئیس حکومت بسته است ولی درهرحال اصول قوانین اسلام وعملکرد مانع ازاین بوده است که مناصب عالی نظامی باشراف واعیان اختصاص داده شود (۱)

آزادی

آزادی شخصی

۹۴ ـ آزادی شخصی ناظر بچند موضوع ذیل است :

الف ـ تملك آدمی ممنوع است . بدیهی است این قسم آزادی دردورهٔ دوم تاریخ حقوق ما دیده نشده است . مادهٔ واحدهٔ قانون منع خرید و فروش برده در خاك ایران مصوب بهمن ۱۳۰۷ یك تحول حقوقی بارزی است که اختصاص بدورهٔ سوم ازتاریخ حقوق ایران دارد .

ب ـ نمیتوان اشخاص رامجبورنمود که درمحل معینی اقامت کنند یا ازمحل معینی خارج شوند (۲) این قسم آزادی شخصی را اصول حقوق دورهٔ دوم (که در مطلب شماره ۸۵ ذکرشده است) ازتاریخ حقوق ماتضمین می کند .

ج ـ جزدرمورد جرم مشهود کسی رانمیتوان دستگیرنمود مگربحکم کتبی مقام صالح قضائی . . . (۳) اصول حقوق دورهٔ دوم (مطلب شماره ۸۵) تاریخ حقوق ما این قسم آزادی شخصی را تضمین نموده است .

---

(۱) مقایسه شود با اصل ۱۰۴ متمم قانون اساسی

(۲) اصل ۱۴ متمم قانون اساسی

(۳) اصل ۱۰ متمم قانون اساسی

د ـ هیچ‌عملی را نمیتوان جرم دانست مگر اینکه قانون آنرا جرم تشخیص داده باشد (۱) حقوق جزای دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما این اصل را قبول نموده است (مطلب شماره ۲۲٦)

مصونیت منزل

۹۵ ـ ورود در منازل بدون اذن صاحبان آنها ممنوع است (۲) مگر در موارد استثنائی که قانون اجازه می‌دهد (۳) حقوق دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما این معنی را پذیرفته زیرا از لوازم «اصل تسلیط» ممنوعیت دیگران از ورود بدون اذن در منازل اشخاص است. ورود بدون اذن در ملك غیر یکنوع «تصرف غیرقانونی» در مال غیر است (٤) که اگر با عناصر عمومی جرم ضمیمه شود بصورت غصب درمی آید و غصب درحقوق جزای این دوره جرم مستقلی محسوب است (٥)

اختیار مال

۹٦ ـ اشخاص حق تملك اموال منقول وغیر منقول را دارند وحق هرنوع تصرفاتی را دارا هستند جز آنچه که قانون منع نموده است وسلب مالکیت مالك باید بامجوز قانونی باشد.

حقوق دردورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ما طی اصل تسلیط، مراتب فوق راتأیید نموده است وموارد که بحکم قانون ایندوره تسلط مالکانه محدود می شود کمتر ازموارد مشابه آن دردورهٔ سوم از تاریخ حقوق ما است، توضیح اینکه در دورهٔ سوم ازتاریخ حقوق ما براثرتغییرکلی وسائل تولید واقتصاد، دخالت دولت‌ها عموماً درمسائل مالی روبتوسعه گذاشت بهمین جهت این دخالت منجربتحدید های بیشتری

---

(۱) مادهٔ دوم قانون مجازات عمومی
(۲) اصول ۹ـ۱۳ متمم قانون اساسی
(۳) مواد ۹۱ ـ ۹۲ ـ ۹۳ ـ ۹٤ ـ ۹٦ قانون اصول محاکمات جزائی
(٤) رجوع شود بشرح مادهٔ یك «قوانین مسئولیت مالی» (از کتاب مستنبط)
(٥) ماده ۲٥٤ قانون مجازات اسلام (از کتاب مستنبط)

نسبت بتسلط مالکانهٔ افراد گردید که بهیچوجه بادورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ما قابل قیاس نیست . بطورمثال میتوان قانون توسعهٔ معابررا نام برد .

۹۷ ـ نکته ـ دردورهٔ دوم ازتاریخ حقوق‌ما یك اصل مترقی بعنوان«لاضرر» دیده میشود که قابلیت انعطاف فراوانی دارد و میتواند بمقدار زائدالوصفی محدود کنندهٔ اصل تسلیط باشد ولی یك اقلیت ازحقوقدانان این دوره‌متوجه‌اهمیت‌مطلب شده معتقد شدند که استنباط‌جدید از«لاضرر» نباید نمود (۱)

آزادی‌شغل و کار

۹۸ ـ آزادی شغل و کاردراین‌دوره ازتاریخ حقوق ما بیشترازدورهٔسوم است اساساً تشکل وتبلورجوامع مدرن ، مستلزم محدود نمودن آزادی‌هابمقدارفراوانی است که یکی از آنها آزادی شغل و کاراست .

آزادی‌عقائدمذهبی

۹۹ ـ دراین‌دوره ازتاریخ حقوق ما جز مذهب اسلام که مذهب رسمی است فقط سه مذهب دیگر(مذهب یهود ، مذهب مسیح ، مذهب‌زرتشت) پس ازانعقادعقد ذمه باحکومت وقت ودادن «جزیه» درحدود مندرجات وشرائط عقدمزبور آزادی عقیده داشتند.

آزادی‌عقائدسیاسی

۱۰۰ ـ دراین‌دوره آزادی عقاید سیاسی درحدود عدم مخالفت با رژیم وعدم ایراد بقوانین موضوعه برقراربود : افرادمی توانستنددر کارهای‌متصدیان امورنظارت کرده وایراد کنند بخصوص درصدراسلام که هنوز نهال تربیت اجتماعی جوان بود مردم عادی بنظارت مزبورراغب وازگزند محفوظ بودند نهضت عمومی‌علیه‌حکومت

---

(۱) این منع‌را بشکل‌علمی اینطور بیان کرده‌اند: عمل اصحاب دراستناد به‌لاضرر لازم است ، چه اگر بعمل اصحاب توجه نشود واستنباط جدید از «لاضرر» روا باشد «فقه جدیدی» پیدا می‌شود !

خلیفهٔ سوم هرگاه از جنبهٔ پلیتیك تجزیه وتحلیل شود مطلب فوق را تأیید خواهد نمود، ولی کم کم قدرت ، رنك خشونت گرفت ووضع دگرگون شد.

۱۰۱ ـ تکمیل ـ اجتماعات وانجمن ها تاوقتی که مخالف مقررات نبوده جائز بود تعلیم وتربیت درهر رشته ازعلوم که صریحاً با مقررات مخالفت نداشت بلامانع محسوب می شد.

قسمت سوم

حقوق بیگانگان

الف ـ بیگانگان

ب ـ منابع حقوق بیگانگان

ج ـ حقوق سیاسی بیگانگان

د ـ حقوق عمومی بیگانگان

ه ـ حقوق خصوصی بیگانگان

الف ـ بیگانگان

بیگانه

۱۰۲ ـ دردورهٔ دوم ازتاریخ حقوق ما «بیگانه» بکسی گفته می شد که مسلمان نبود خواه مذهب دیگری (مانند مذهب یهود وغیره) داشت یانه . اصطلاح حقوقی حقوق این دوره بجای بیگانه «کافر» است ؛ این لغت معانی فراوانی دارد که یك معنی آن عیناً بجای اصطلاح بیگانه بکاررفته است.

طبقه بندی بیگانگان

۱۰۳ ـ بیگانه دراین دوره ازتاریخ حقوق ما دوقسم است :

اول ـ کسی که وارد بمذهب اسلام نشده و بعبارت دیگر تابعیت اسلامی را نپذیرفته است.

دوم ـ کسی که تابعیت اسلامی را ترک نموده باشد که دراصطلاحات حقوقی قدیم بچنین کسی «مرتد» گفته می‌شود. دراین بحث فقط ازنوع اول گفتگو می شود و نوع دوم را در کتاب دوم (یعنی : تاریخ حقوق خصوصی)مورد بررسی قرارخواهیم‌داد:

۱۰۴ ـ بیگانه بمعنی اول دوقسم است :

قسم اول ـ ذمی(یااهل‌ذمة) ـ که اصطلاحاً بدسته‌ای ازیهودان و مسیحیان و زرتشتیان گفته می شد که باحکومت اسلامی «عقد ذمه» منعقد نموده بودند (رجوع شود بمطلب شمارهٔ۱۱۲) . این دسته ازبیگانگان ازنظرسیاسی فاقد استقلال بوده‌و خاك آنان ازنظرسیاسی تابع حکومت‌اسلامی بوده‌است،بتعبیردیگر اینان‌بیگانگانی بودند که بموجب قرارداد مزبورمقیم دائمی قلمرواسلامی بوده‌اند.

۱۰۵ ـ قسم دوم ـ غیرذمی که اصطلاحاً «حربی»و«کافرحربی» نامیده‌شده‌اند ایندسته ازاجانب ممکن بود پیرویکی ازادیان موسی وعیسی وزرتشت باشند ولی عقد ذمه با حکومت اسلامی‌نداشته باشند و ممکن بود پیروهیچیك از ادیان سه‌گانه نباشند.

۱۰۶ ـ این قسم بیگانگان(یعنی«حربی»)ازنظرحقوق‌این‌دوره دو گروه‌بودند:

گروه اول ـ کسانی که بموجب معاهدات وقوانین داخلی (یعنی‌قوانین‌اسلامی) دارای حقوق ومزایائی بوده واحیاناً حق ورود وتوقف درقلمرواسلامی‌رادارابوده‌اند این اشخاص نیزدودسته بودند :

الف ـ معاهد(مطلب‌شماره۱۱٤)

ب ـ مستأمن (مطلب‌شماره۱۱۱)

۱۰۷ ـ گروه دوم ـ کسانی که حکومت اسلامی هیچگونه حقوقی برای آنها

قائل نبود حتی ازلحاظ جان ومال هم حقی برای آنها نمی شناخت .

نکته ـ دردورهٔ سوم ازتاریخ حقوق ما دراین‌مورد بخصوص بمقتضای‌ضرورت وقت ، تحول حاصل شده زیرا اصول مسلم حقوق بین‌الملل عمومی مخصوصاً اصول ناشی از معاهدات و عرف بین‌المللی حداقل حقوقی‌را برای افراد انسانی صرفنظر از تابعیت و مذهب و نژاد و زبان و قومیت مجری میدارد . بلکه میتوان گفت که در نیمهٔ دوم از دورهٔدوم (ازتاریخ‌حقوق‌ما)هم‌اوضاع بین‌المللی تا اندازه‌ای بحال اجانب مساعد شده بود .

۱۰۸ ـ خلاصه ـ در حقوق دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما فقط برای سه دسته ازبیگانگان حقوق و مزایائی شناخته شده است که عبارتند از : ذمی(یااهل ذمه) ، معاهد و مستأمن . بنابراین دراین قسمت ، حقوق این سه‌دسته ازبیگانگـان مورد مطالعه است چه برای سایر بیگانگان هیچگونه حقوقی شناخته نشده‌است .

ب ـ منابع حقوق بیگانگان

۱۰۹ ـ در دورهٔ سوم از تاریخ حقوق ما برای حقوق بیگانگـان سه منبع وجود دارد :

الف ـ اصول حقوق بین‌الملل‌عمومی .

ب ـقوانین‌داخلی

ج ـمعاهدات

برای رعایت‌نظم وحسن‌اسلوب متناسب‌است تحت سه عنوان فوق منابع‌حقوق بیگانگان در دورهٔ دوم از تاریخ حقوق ما مورد مطالعه قرار گیرد :

اصول حقوق بین‌الملل‌عمومی

۱۱۰ ـ اصول حقوق بین‌الملل عمومی ناشی از یکی از اموردذیل‌است :

اول ـ معاهدات بین‌المللی

دوم ـ عرف وعادت بین‌المللی

سوم- اصول حقوق فطری

محرز نشده است که باستناد چنین اصولی برای بیگانان در حقوق اسلامی حقی شناخته شده باشد.

قوانین داخلی

۱۱۱-در دورهٔ سوم از تاریخ حقوق ما قوانین داخلی حقوق برای «غیر تبعه» شناخته است (۱) قوانین داخلی دورهٔ دوم تاریخ حقوق ما نیز چنین بوده است. آن قوانین عبارت است از:

یك - قانون تأمین (۲) که بموجب آن به‌حربی نسبت‌بیك یاچندموضوع تأمین داده‌می شد؛ هرفرد مسلمان عاقل بالغ رشید مختار می‌توانست (۳) چنین تأمینی بدهد وتأمین او قانوناً سایر مسلمین را مکلف می‌ساخت که رعایت تأمین مزبوررا بنمایند ومتعرض شخص تأمین یافته (که‌مستأمن نامیده می‌شود) نشوند. حق‌تأمین شامل همه چیز میشد (مانند تجارت در نقطه یا نقاط معین ویا توقف واقامت و یا عبور وغیره) جز چیزی‌که بامصالح عمومی منافات داشت مثل تأمین دادن بجاسوس.

۱۱۲- دو - قانون پیمان صلح دائم (یاعقد ذمه) که بموجب آن صلح‌دائم بین ذمی‌وحکومت اسلامی برقرار می‌شد، واهل ذمه تأمین مالی و جانی یافته واحدی حق تعرض بآنان واموالشان‌را نداشت. ذمی دراینصورت ساکن قلمرواسلامی بوده وحق مراجعه به محاکم اسلامی را داشت و دراجراء مراسم مذهبی و ایجاد روابط

---

(۱) رجوع شود بقوانین ذیل:
۱ - اصول ۶-۱۳ متمم‌قانون اساسی
۲ - مواد ۷-۹۶۱ قانون‌مدنی
۳ - مواد ۵۹ - ۵۹۱ قانون تجارت

(۲) رجوع شود بمواد ۲۲-۲۳-۲۴-۲۵ قانون حرب‌اسلام (از کتاب مستنبط)

(۳) افراد مسلمان، قبل از مغلوب‌شدن حربی بدست سپاهیان مسلمان، حق دادن تامین را دارندـه پس از مغلوب شدن ولی رئیس حکومت در هر حالت حق دادن تأمین‌دارد.

حقوقی طبق قوانین مذهبی خود در حدودی که مخالف شروط عقد ذمه نبو
آزاد بود(۱)

۱۱۳ـ سه ـ قانون پیمان صلح موقت (یا مهادنه یا معاهدة) که بموجب آن بین حکومت اسلامی وحکومت غیراسلامی عقدصلح موقت بسته می‌شد . این پیمان گاهی بصورت پیمان عدم تجاوز و گاهی بصورت « پیمان متارکهٔ موقت جنگ » بوده است .

۱۱۴ـ نکته ـ پس از تحقق این پیمان هریك از افراد حربی تابع دولت طرف عقد مهادنه را اصطلاحاً « معاهد » می گفتند ، پیمان مزبور مزبت منفی داشت یعنی «عدم‌تجاوز» و یا «متارکهٔ جنك» تنها نتیجهٔ آن بوده‌است .

معاهدات

۱۱۵ـ رئیس‌حکومت بموجب اصل‌صلاحیت اداری‌خود (رجوع شودبمطلب ٦۲) می‌توانست معاهدات دیگری (غیر از معاهدات نامبرده درنص قانون که دربالا بیان‌شد) با بیگانگان منعقدکند مثلا با دولتی که «پیمان صلح موقت» داشت پیمان تجاری ببندد و درنتیجه برای افراد بیگانه حقوقی قائل شود .

ج ـ حقوق سیاسی بیگانگان

۱۱٦ـ بوسیلهٔ این قسم حقوق، شخص می‌تواند در ادارهٔ امور عمومی کشور شرکت کند مثلا استاندار یاقاضی و غیره شود . بعلت اهمیت این رشته حقوق در حقوق اسلامی (وحقوقهای مدرن) این قسم حقوق به بیگانگان داده‌نشده‌است .

د ـ حقوق عمومی بیگانگان

۱۱۷ـ جان و مال اتباع بیگانه (ذمی، مستأمن، معاهد) در حدود شرائط معاهدات‌محفوظ بوده‌است. جز ذمی که اساساً جز وسکنهٔ دائمی قلمرو اسلامی‌بود

---

(۱) ماده ۲٦ ببعد قانون حرب‌اسلام (از کتاب مستنبط)

مستأمن ومعاهد در حدود معاهدات حق ورود بخاك اسلام و توقف و اقامت و خروج از آن را دارا بودند .

بیگانگان مزبور اساساً حق آزادی مشاغل داشتند جز مشاغلی که بموجب قانون از آنها ممنوع بودند . بیگانگان مزبور اگر در قلمرو اسلامی مرتکب یکی از جرائم مذکور در قانون مجازات اسلامی می شدند در محاکم اسلامی مورد محاکمه و مجازات واقع می گردیدند .

هـ ـ حقوق خصوصی بیگانگان

۱۱۸ ـ رجوع شود به «کتاب دوم» مبحث «حقوق خصوصی بیگانگان»

از نویسندهٔ این کتاب

۱ـ فرهنگ حقوقی
۲ـ شخصیت معنوی حافظ

از طرف کانون معرفت منتشر شده است

